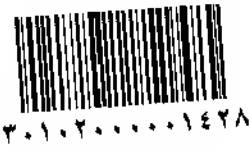


بسم الله الرحمن الرحيم
تمت بتدارك ملاحظات اللجنة أثناء المناقشة

المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى - مكة المكرمة
الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول
شعبة الفقه

السيد
عبد الله
مدرس الدين



كتاب البيوع من الحاشاوي الكبير

للامام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى ٤٥٠ هـ

برسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية في جامعة أم القرى في مكة المكرمة

٣٥٤٢



دراسة وتحقيق
محمد مفضل مصباح الدين

استراف
الاستاذ الشيخ / السيد سابق محمد
المجلد الثاني

١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م

بسم الله الرحمن الرحيم
و هو
شعير

(٢) [- باب ثمره الحائط يباع أصله -] من كتب (٢)

قال الشافعي رحمه الله (٣) : (أخبرنا سفيان بن عيينة ، عن
الزهري ، عن سالم (٤) ، عن أبيه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
" من باع نخلا بعد أن تؤبّر ، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط (٥)
المبتاع (٦) .

- (١) في المختصر : " باب بيع الثمر " .
(٢) يعني : أنّ المزي اختصر مسائل هذا الباب من عدة كتب
الشافعي .
(٣) ب ، ج : رضي الله عنه . م : " الشافعي " فقط .
(٤) هو أبو عمر - ويقال أبو عبد الله - سالم بن عبد الله بن عمر بن
الخطّاب القرشي ، العدوي ، المدني ، التابعي ، الإمام ، الفقيه ،
الزاهد ، العابد . وقد عدّه ابن السبارك من فقهاء المدينة
السبعة ، وفيه خلاف مشهور . وعن ابن إسحاق قال : أصحّ
الأسانيد كلها : " الزهري عن سالم ، عن أبيه " وفيه خلاف أيضا .
توفي بالمدينة سنة ١٠٦ هـ على المشهور . انظر ترجمته في :
طبقات الشيرازي ص ٦٢ ، وابن سعد ١٤٤/٥ ، والحلية ١٩٣/٢ ،
وتهذيب الأسماء ٢٠٧/١ ، والتذكرة ٨٨/١ ، وتهذيب التهذيب
٤٣٦/٣ .
(٥) في الأصل " يشترطها " والمثبت من سائر النسخ ومصادر التخريج
(٦) روى مختصرا ومطوّلا بزيادة : " من باع عبدا وله مال ، فما له للبائع
إلا أن يشترطه المبتاع .
والحديث أخرجه البخاري ١٠٢/٣ ، ١٥٠٠ ، ٢٤٧ ، وسلم ١١٧٢/٢ ،
وأبو داود ٢٦٨/٣ ، والترمذي ٥٤٦/٣ ، والنسائي ٢٦١/٧ ،
وابن ماجه ٧٤٥/٢ ، ومالك ٦١٧/٢ ، والشافعي في الأم ٣٥/٣ ،
وابن الجارود ص ٢١٣ . قلت : ومعنى التأبير يذكره الجارودي
في ص ٥٧٧ .

قال الشافعي : فإذا جعل النبي صلى الله عليه وسلم الإبار حدًا
ملك البائع فقد جعل ما قبله حدًا لملك المشتري (١).

وهذا كما قال ، إذا ابتاع أرضا ذات نخل شمر ، أو ابتاع نخلا
فيه شمر ، فالحكم فيهما سواء ، وقد دخل في البيع ما اتصل بالنخل من
سعف (٢) وليف (٣).

وأما الشجرة ، فلا يخلو حالها في العقد من ثلاثة أحوال :
أحدها : أن يشترط دخولها في البيع ، فتدخل فيه اتفاقا (٤)
مؤبرة كانت أو غير مؤبرة ، ويصح بيعها تبعاً للنخل ، وإن لم يشترط
فيها القطع .

والحالة الثانية : أن يشترط خروجها من البيع ، فتكون خارجة
منه اتفاقا (٥) ، مؤبرة كانت ، أو غير مؤبرة ، لكن إن كانت مؤبرة ، لم
يلزم اشتراط قطعها ، لأنها خارجة بالعقد ، والشرط تأكيد . وإن كانت

-
- (١) انظر : مختصر المزني ١٥٩/٢ ، وراجع في المسألة أيضا : الأم
٣٥/٥ ، والتنبيه ص ٦٥ ، والمهذب ٢٨٥/١ ، والروضة ٥٤٨/٣
والتكلمة ٢٤٨/١١ ، والنهاية ١٣٨/٤ ، والمغني ٨٦/٢ ، وشرح
المحلى ٢٣٠/٢ .
- (٢) السَّعْفُ : جمع سَعْفَةٍ بفتحين وهي غصن النخل ، كما فسي
المختار ص ٣٠٠ .
- (٣) الليف : قشر النخل الذي يجاور السعفة ، الواحدة : ليفة .
- انظر : القاموس ٢٠٤/٣ ، والمعجم الوسيط ٨٥٦/٢ .
- (٤) انظر : المغني لابن قدامة ٥٢/٤ ، وفتح القدير ٢٨٣/٦ .
- (٥) انظر : المرجعين السابقين ، وقد جاء في المغني : " وقال مالك :
إن اشترطها المشتري بعد التأبير جاز ؛ لأنه بمنزلة شرائها
مع أصلها ، وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز ؛ لأن اشتراطه
لها بمنزلة شرائه لها قبل بُدْو صلاحها بشرط تركها " .

غير مؤبّرة قال الشافعي في كتاب الصرف^(١) : لم يصحّ^(٢) إخراجها من العقد إلا باشتراط القطع ، لأنها تخرج من العقد بالشرط ، فاعتبر فيها حكم ما استوفى نفعه عليه العقد من اشتراط القطع . فعلى هذا لو أغفلا اشتراط قطعها على البائع ، فسد البيع ، ولو استثنى البائع نصف الثمرة فسد العقد ، لتعذر اشتراط القطع.

والحالة الثالثة : أن يطلق حال الثمرة في العقد ، فقد اختلف

الفقهاء في حكم الثمرة على ثلاثة مذاهب :

أحدها : أنها داخلة في البيع كالليف والسعف . وهذا

قول ابن أبي ليلى^(٣) . / أ/٢٢

والثاني : أنها خارجة من البيع كالزروع ، وهذا قول

أبي حنيفة^(٤) .

(١) أنظر نضّه في باب بيع الآجال من الأُم ٦٩/٣ (بيعض الفرق) وليس في الصرف .

(٢) ب : لم يجز .

(٣) نسبه إليه ابن رشد في البداية (١٥٨/٢) قال : وردّ الحديث

بالقياس ؛ لأنه رأى أنّ الشر جزء من البيع ، ولا معنى لهذا القول إلا إن كان لم يثبت عند الحديث .

ونسبه إليه ابن قدامة أيضا في المغني (٥١/٤) وظلّ له : "لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة ، فكانت تابعة له كالأغصان " .

ثم قال : والحديث صريح في ردّ قوله ، ولأنه نماء كما من لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره ، وغير تابع له بعد ظهوره ، كالحمل في الحيوان . فأما الأغصان فانه تدخل في اسم النخل ، وليس لانفصالها غاية .

وأيا الكمال في الفتح ٢٨٣/٦ ، والخرشي ١٨١/٥ ، ونسبه إلى ابن عتاب أيضا .

(٤) ونسبه ابن قدامة في مغني (٥١/٤) إلى الأوزاعي أيضا . ==

والثالث : أنها إن كانت مؤبّرة فهي خارجة من البيع ، وإن

كانت غير مؤبّرة ، فهي داخلية في البيع .^(١)

واستدل أبو حنيفة على أنّ غير المؤبّرة لا تدخل في البيع بأنها
ما يصحّ إفراده بالعقد ، فلم يجز أن يكون تبعاً لأصله في البيع كالمؤبّرة .
قال : ولأنّه عقد لا تتبعه الثمرة المؤبّرة ، فوجب أن لا تتبعه
الثمرّة غير المؤبّرة^(٢) كالرهن .

قال : ولأنّ الثمرة نماء كالزروع ، فلما استوى حال الزرع في
كونه^(٣) بذراً ، وظهوره بقلّا في أنه لا يدخل في البيع تبعاً للأرض ، وجب
أن يستوى حال الثمرة في كونها^(٤) في الطلع ، وظهورها مؤبّرة
بارزة من الطلع في أن لا تدخل في البيع تبعاً للنخل .

====
وانظر في مذهب أبي حنيفة : بدائع الصنائع ٣٠٥٦/٦ وقال في
الاستدلال لمذهب أبي حنيفة : " ولأنّ النخل اسم لذات
الشجرة فلا يدخل ما عداه إلّا بقريضة زائدة " . والهداية
مع الفتح ٢٨٣/٦ وقد استدلل المرغيناني بحديث " من اشترى
أرضاً فيها نخل ، فالثمرّة للبائع إلّا أن يشترط المبتاع " وأجاب
الكمال عن حديث الجمهور بأنه استدلال بفهم الصفة ،
والحنفية ينكرون حججه .

والتبيين ١١/٤ ونسب حديث أبي حنيفة إلى أبي داود . والبحر
الرائق ٣٢٢/٥ ، والفتاوى الهندية ٣٥٣/٣ ، وحاشية ابن عابدين
٥٥٣/٤ .

(١) وهو مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة .
انظر في مذهب الشافعية ما تقدّم من المراجع في بداية المسألة .
وفي مذهب المالكية : البداية ١٥٨/٢ ، والخرشى ١٨١/٥ ،
وفي مذهب الحنابلة : المغني لابن قدامة ٥١/٤ ، والكشاف
٢٦٦/٣ .

(٢) أ : "غير مؤبّرة" د : "الغير المؤبّرة" والثبت من ب ، ج .

(٣) ب : "نموه" .

(٤) ب : "نموها" .

وتحريره : أنه نما^(١) لو كان ظاهرا لم يتبع أصله في البيع ،
فوجب إذا كان كامنا أن لا يتبعه^(٢) في البيع كالزراع .

ودليلنا : ما رواه الشافعي في صدر الباب عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال : * من باع نخلا بعد أن تؤبر ، فثمرتها للبائع إلا أن
يشترطها^(٣) البتاع * .
(*) وفيه دليلان :

أحدهما : ما ذكره الشافعي من دليل الخطاب^(٤) أن الحكم
إذا علق بأحد الوصفين ، انتفى ذلك الحكم عن الوصف الآخر ، فلما جعل
إلا بار حداً لملك البائع ، فقد جعل ما قبله حداً لملك المشتري .
والثاني : أنه جعلها للبائع بشرط التأبير ، فلم يجز أن تجعل له
مع عدم التأبير .

ودليل ثالث من الخبر ، وهو أن نصّه على التأبير لا يخلو من

(*) من ر وفي أ ب ج : ومنه .

(١) نما : ساقط من ج .

(٢) ب ، ج : لم يتبعه .

(٣) ب : أن يشترط .

(٤) دليل الخطاب عند الأصوليين هو : الاستدلال بتخصيص

الشيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه . ويسمى * مفهوم
المخالفة * و * لحن الخطاب * أيضا . وهو حجة عند جمهور
الفقهاء والمتكلمين . وذهب الحنفية والظاهرية إلى عدم حجّيته
أنظر في ذلك : الإحكام للآمدي ٢/٢١٢ ، والمستصفي
٢/١٩١ ، واللمع ص ٢٥ ، وروضة الناظر ص ١٣٩ ، وفواتح
الرحموت ١/٤١٤ ، ومناهج العقول ١/٣١٢ .

أحد أمرين : إما أن يراد به ^(١) التنبيه ^(٢) على غيره ، أو التمييز من غيره ، فلم يجز أن يراد به التنبيه ؛ لأنَّ حكم ما لم يؤثّر أخفى من حكم ما قد أثّر . والتنبيه ما يقصد به بيان الأَخْفَى ليدُلَّ على حكم الظاهر ، فثبت أنَّ المراد به التمييز من غيره ، وأنَّ الحكم مختصّ به .

وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنشَدَ قَوْلَ الْأَعْرَابِيِّ ^(٣) حِينَ صَرَمَ ^(٤) عَلَيْهِ بَعْضَ طُوكِ الْجَاهِلِيَّةِ شَرَةً نَخَلَهُ لَهُ :

(٥) جَدَدَتِ جَنَى نَخَلْتِي ظَالِمًا (٦) وَكَانَ الشَّارِلَمِنْ قَدْ أَبْرَرَ

فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " وَكَانَ الشَّارِلَمِنْ قَدْ أَبْرَرَ " فَكَانَ ^(٧) ذَلِكَ مِنْهُ إِثْبَاتًا لِهَذَا الْحُكْمِ .

(١) أثبتته من ب . أ . ج . د : أن يريد به .

(٢) { التنبيه عند الأصوليين هو : ما يكون الحكم في غير المذكور أولى منه في المذكور ، ويُسَمَّى " مفهوم الموافقة " و " فعوى الخطاب " أيضا . وهو حجة عند الجميع ما عدا الظاهرية .

انظر : الإحكام للآمدي ٢/ ٢١٠ ، واللمع ص ٢٥ ، وروضة الناظر ص ١٣٨ ، وفواتح الرحموت ١/ ٤٣١ .

(٣) ب . ج : الأَنْصَارِي .

(٤) صَرَمَ الشَّنْيُ : قطعه كما في الصحاح ٢/ ٤٥٤ ، والمختار ص ٩٥ .

(٥) جَنَى الشَّرَةِ : من باب رمى ، واجتناها بمعنى : التقط ،

والجني : ما يجتنى من الشجر ، يقال : أتاننا بجناة طيبة* ،

انظر : الصحاح ٦/ ٢٣٠٥ ، والمختار ص ١١٤ .

(٦) لم أقف على البيت ولا على الحديث .

(٧) أ . ب . د : " وكان " ، والمثبت من ج ، وهو الأوفق .

كما أنشد قول الأعشى (١)

وهنَّ شرَّ غالب لمن غلب (٢)

فقال النبي (٣) صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " وهنَّ شرَّ غالب لمن غلب " تثبيتا
لهذا القول .

وَرَوَى أَنَّ رَجُلَيْنِ تَبَايَعَا نَخْلًا ، ثُمَّ اخْتَصَمَا فِي الشَّعْرَةِ / فَقَضَى ٧٢ ب
بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلَّذِي لَقَّحَ (٥)
فَدَلَّ عَلَى أَنَّ التَّلْقِيحَ - وَهُوَ التَّابِيرُ - عِلْمٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُكْمُ

(١) هو ميمون بن قيس بن جندل أبو بصير المعروف بأعشى قيس ،
ويقال له أعشى بكر بن وائل ، والأعشى الكبير أيضا . من شعراء
الطبقة الأولى في الجاهلية ، وأحد أصحاب المعلقات . عاش عمرا
طويلا ، وأدرك الاسلام ولم يسلم . ولقب بالأعشى لضعف بصره ،
وعى في آخر عمره . مولده ووفاته في قرية " منفوحة " باليمامة قرب
مدينة الرياض . وفيها داره ، وصها قبره ، توفي سنة ٣ هـ .
انظر في ترجمته : المؤتلف والمختلف للأمدى ص ١٠ ، ومعجم
الشعراء للمرزباني ص ٤٠١ ، وخزانة الأدب للبغدادى ١/ ١٧٤ .
والأعلام للزركلي ٨/ ٣٠٠ .

(٢) هذا الشعر منسوب الى الثلب اليماني في البيان والتبيين للجاحظ
٢٠٤/٣ .

(٣) لم أعثر عليه في مظانه .

(٤) ب : " تبينا " وهو خطأ .

(٥) لم أقف عليه باللفظ المذكور . وقد ورد في التلخيص (٢٧/٣) بلفظ :

" أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ نَخْلًا مِنْ آخَرٍ وَاخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْبَتَّاعُ : أَنَا أَبْرَتُهُ
بَعْدَ مَا ابْتَعْتَ . وَقَالَ الْبَائِعُ : أَنَا أَبْرَتُهُ قَبْلَ الْبَيْعِ ، فَتَحَاكَمَا
إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَضَى بِالشَّعْرَةِ لِمَنْ أَبْرَتْ مِنْهُمَا " .
رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي من مرسل عطاء ،
وعزاه ابن الطلاع في الأحكام الى الدلائل للأصيلي مسندا عن ابن
عمر .

في تملك الشرة ، فان لَقَّح البائع كانت الشرة له ، وإن لَقَّح المشتري اقتضى أن تكون الشرة له .

ولأنَّ شرة النخل إذا كانت طلعا بثابة الحمل إذا كان (١)
مستجنا (٢) ، فإذا برزت من طلوعها صارت (٣) كالحمل إذا انفصل عن
أمه . فلما كان الحمل قبل انفصاله تبعاً لأمه في البيع ، اقتضى أن تكون
الشرة قبل بروزها من الطلع تبعاً للنخل في البيع .

وتحريره قياساً : أنه نماء مستجن في أصله ، فوجب إذا لم يظهر
أن يكون في البيع تبعاً لأصله كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع .
فان قيل : المعنى في الحمل أنه لا يجوز إفراده بالعقد (٤)
فلذلك كان تبعاً ، وليس كذلك الشرة ؛ لأنه يجوز إفرادها بالعقد فلم تكن
تبعاً .

قيل : هذا فاسد بأبواب الدار . ثم يقال : الحمل جار مجرى أبعاض
الأم . فلما لم يجز العقد على أعضائها ، لم يجز على حملها ، والشرة
قبل التأبير تجري مجرى أغصان الشجر ، فلما جاز العقد على أغصانها ، جاز
على نمرها .

ولأنَّها (٥) شرة تختلف أحوالها ، فجاز أن تكون تبعاً لأصلها (٦)
في بعض أحوالها ، قياساً على نور الشار (٧) قبل انعقادها .

- (١) ب : إذا كانت .
(٢) مستجنا : أى مستترا . كما في الصحاح ٢٠٩٥/٥ ، والمختار ص ١١٤ .
(٣) ب : كانت .
(٤) بالعقد : ساقط من د .
(٥) أ ، د : "لأنَّها" بدون الواو . والتصويب من ب ، ج .
(٦) د : لأصولها .
(٧) نور الشار : أزهارها ، الواحدة نورة ، والجمع : أنوار ، كما في
المصباح ص ٦٢٩ .

وأما الجواب عما ذكره من قياسهم على المؤبّرة ، فالمعنى في المؤبّرة أنها ظاهرة ، فلم تكن تبعا كالولد . وغير المؤبّرة كأمّة ، فكانت تبعا كالحمل .

وأما الجواب عن قياسهم على الرهن ، قلنا في الرهن مذهبان : (١)

أحدهما : يتبع الرهن ما كان غير مؤبّر . فعلى هذا سقط

السؤال .

والثاني : لا يتبع . فعلى هذا المعنى في الرهن أنه لما ضعف

عن أن تتبعه الثمرة الحادثة ، ضعف عن أن تتبعه المتقدّمة . وليس كذلك البيع .

وأما الجواب عن قياسهم على الزرع ، فالمعنى في الزرع أنه

مستودع في الأرض ، وليس بحادث منها . فلهذا لم يكن تبعا لها . وليس كذلك الثمرة .

- فصل -

فأما طلع (٢) الفحول قبل تأبيره ، ففيه وجهان : (٣)

(١) بل فيه طريقان عند الشافعية . أحدهما : القطع بعدم الدخول ونفي الخلاف . والثاني : فيه قولان : أحدهما : أنها لا تدخل في الرهن . انظر : المهذب ٣١٨/١ ، والتنبيه ص ٧٠ ، والفتح ٥٥٠/١٠ .

(٢) الطلع بالفتح : ما يطلع من النخلة ثم يصير شعرا إن كانت أنثى . وإن كانت النخلة ذكرا لم يصير شعرا بل يؤكل طريا ، ويترك على النخلة أيما معلومة حتي يصير فيه شيء أبيض مثل الدقيق . وله رائحة زكية فيلقح به الأنثى . انظر : المصباح ص ٣٧٥ .

(٣) أحدهما عند الأكثرين هو الوجه الأول ، وقال الشيرازي في

أحدهما : يكون تابعا ^(١) للعقد داخلا في البيع كطلع

الإناث .

والوجه الثاني - وهو أصح - : أنه لا يكون تابعا ^(١) ولا يدخل

في البيع.

والفرق بينه وبين طلع الإناث أن طلع الإناث لا يؤخذ ^(٢) إلا

بعد إباره وتناهيه ^(٣) بسرا أو رطبا . وطلع الفحول يؤخذ ^(٤) قبل

إباره ويكون حال تناهيه طلعا .

وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإناث

== التنبيه والشيخ أبوحامد في تعليقه : إنه المنصوص ، وأدعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص .

ودليل هذا الوجه : أنه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث .

والوجه الثاني صححه - كالماوردي - الجرجاني أيضا . ووجهه : أن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق الإناث ؛ لأنه ليس له ثمرة غيره ، بخلاف طلع الإناث فإن المقصود ما في جوفه . فإذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري .

وررّ على ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل ، بل الكس الذي يلحق به ، وهو غير ظاهر فهو كالإناث في التشقق سواء . انظر المهذب ٢٨٦/١ والتنبيه ص ٦٥ ، والشافعي ٢٢/ب ، والفتح ٤٢/٨ ، والروضة ٥٤٨/٣ ، والتكملة ٣٥٤/١١ .

(١) د : تبعاً . في الموضعين .

(٢) ج ، د : لا يوجد .

(٣) د : متناهيه . وهو تصحيف .

(٤) ج ، د : " يوجد " وفي " ب " غير منقط .



هل يقاس على الحمل / قياس تحقيق أو قياس تقريب (١) ١/٧٣

فقال بعضهم : قياس تحقيق . فعلى هذا لا يصير طلع الفحول
موء براً إلا بالتشقق (٢) والظهور .

وقال آخرون : بل قياس تقريب اعتباراً بالعرف . فعلى هذا
يصير طلع الفحول موء براً اعتباراً بالعرف (٣) .

- فصل -

فاذا تقرّر هذا ، فالعقود التي يملك بها النخل الشمر (٤) على
أربعة أضرب : (٥)

(٦) أحدها : عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق ،
فهذه العقود تتبعها الثمرة غير الموء برة .

والضرب الثاني : عقد معاوضة على غير وجه المراضاة ، كالبيع
إذا استرجع لحدوث الفلاس (٧) فهل تكون الثمرة التي لم تؤء بربعاً له ؟
على وجهين (٨)

(١) يقصد بقياس التحقيق القياس القوي الذي تجتمع فيه شروط
القياس . ويقصد بقياس التقريب القياس الضعيف الذي لا تجتمع
فيه شروط القياس ، أو الذي اجتمعت فيه شروط القياس ، لكنه خفي .
راجع : تكملة السبكي ٣٦٥ / ١٢ .

(٢) ب : بالتشقيق .

(٣) أنظر : التكملة ٣٥٤ / ١١ ، ذكره نقلاً عن الماوردي .

(٤) د : النخل الموء بر .

(٥) أنظر : التكملة ٣٤٥ / ١١ .

(٦) وكذا الخلع والإجارة كما إذا أجرداره مدّة بنخلة مطلقة . المرجع
السابق .

(٧) وصورته : كما لو اشترى نخلاً نسيئة ، فأطلعت في يده ، ثم أفلس

فرجع البائع في عين ماله ، فهل تكون الثمرة التي لم تؤء بربعاً له ؟
(٨) ذكرها السبكي في تكملة ٣٤٥ / ١١ قال : وأصحهما عند الروياني :

التبعية .

يذكران في الفلّس (١) . وكالرهن إذا بيع جبرا على الراهن هل يمتنع
معه ما لم يؤتّر من الشرة (٢) ؟ على وجهين : (٣)

والضرب الثالث : ما لم يكن من عقود المعاوضات ، لكنه على
وجه المراضاة ، كالهبة ، والوصية ، فهل تكون الشرة التي لم تؤتّر تبعا
له ؟ على وجهين (٤) يذكران في الهبة . (٥)

- (١) جاء في كتاب الفلّس من الحاوي (٢٨٨ / ٧ ب) نسخة ج :
* وان كانت الشرة عند فلّس المشتري غير مؤتّرة . ففيها قولان :
أحدهما - رواه المزني وهرطلة - : أنّ الشرة للبائع ، وله أن
يرجع بالنخل تبعا (كما) تكون في البيع تبعا لها . والقول
الثاني - رواه الربيع - : أنّ الشرة للفلّس لا حق للبائع فيها ،
ويرجع بالنخل دونها ، لأنّ البائع يسترجع البيع جبرا ، فلم
يكن له الرجوع إلّا بعين ماله الذي تناوله عقده . وفارق
ذلك حال البيع من وجهين :
- أحدهما : أن حال البيع عن مراضاة فجاز أن يدخل فيه توابع
البيع . وهنا عن إكراه فلم يتوجّه إلّا الى ما تضمنه العقد .
والثاني : أنّ عقد البيع لما كان يقدر البائع فيه على استثناء
الشرة فيه لفظا دخلت فيه إطلاقا . وليس يقدر في فلّس المشتري
على مثل ذلك ، فافترقا . "أهـ باختصار .
- (٢) وذلك كما إذا رهن نخلا فأطلعت ، فعّل الدين والطلع لم يؤتّر ،
فبيع المرهون جبرا من غير رضی الراهن ، فهل يدخل الطلع في
البيع ، أم لا ؟
- (٣) ذكرهما السبكي في تكملة ٣٤٥ / ١١ ثم قال : وقطع الروياني
هنا بالتبعية ، لأنّه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن .
- (٤) ذكرهما السبكي في تكملة ثم قال : والصحيح من المذهب أنّ الوالد
لا يسترجع الشرة .
- (٥) جاء في الموضع المشار اليه : * ولو كانت الهبة نخلا فأثمرت في يد
الإبن ، ثم رجع الأب بالنخل . فان كانت الشرة مؤتّرة عند رجوع

والضرب الرابع : ما لم يكن من عقود المعاوضات ، ولم يكن مأخوذاً على وجه المراضاة ، كالطلاق إذا استرجع به نصف المهر قبل الدخول ، فلا تكون الثمرة داخلة فيه ^(١) لا يختلف المذهب فيه . وكالوالد ^(٢) إذا رجع فيما وهبه لولده ، لم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب .

- مسألة -

قال الشافعي : ^(٣) (وأقل إلا بارأى يوم بتر شيء ^(٤) من حائطه وإن قل ، وإن لم يؤبر الذي إلى جنبه ، فيكون في معنى ما أبركه .) ^(٥)

وهذا صحيح . إذا أبر الحائط أو نخلة منه كان تأبيراً لجميعه ، وصار ما لم يؤبر من الحائط في حكم ما قد أبر منه في كونه للبائع وخروجه من البيع ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " من باع نخلاً بعد أن تؤبر ^(٦)

=====

الأب فهي للابن . وإن كانت غير مؤبرة ففيها قولان : أحدهما : للابن أيضاً ، لأنها نماء متميز . والثاني : للأب لأن ما لم يؤبر من النخل تتبع لأصله كالبيع " كتاب الهدايا من الحاوي (١٠ / ٢١ ب) نسخة ج .

(١) وصورته : أن يُصدقها نخلاً لا طلع عليها ، ثم أطلعت ، وطلّقها قبل التأبير وقبل الدخول ، فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ، ولا ترجع إلى الزوج قولاً واحداً .

وذلك لأن المداق إذا زاد زيادة متصلة غير متميزة كالسبي والكبر والصنعة فلا يرجع به ، وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة التي لم تتميز ، فلأن لا يرجع بالطلع أولى . انظر : التكملة ٣٤٥ / ١١ .

(٢) ب : " وكالولد " د : وكذا الوالد .

(٣) د : الشافعي رضي الله عنه .

(٤) د : شيئاً .

(٥) انظر : مختصر المزني ١٦٠ / ٢ .

(٦) أثبت من د . وفي أ ، ب ، ج : " أن يؤبر " .

فثمرتها للبائع* ولم يفصل بين أن يكون التأبير في جميعه أو بعضه. (١)
ولأن في اعتبار التأبير في كل نخلة مشقة ، وفي تبعيض الثمرة بين
البائع والمشتري اختلافاً وسوء مشاركة ، فجعل ما لم يؤبر تبعاً لما قد
أُبر (٢) في خروجه من البيع .

فان قيل : فهلاً جعلتم ما قد أبر تبعاً لما لم يؤبر في (٢) دخوله

في البيع ؟

قيل : لأن المؤبرة ظاهرة ، وغير المؤبرة باطنة ، وقد استقر

في الشرع أن يكون الباطن تبعاً للظاهر ، ولا يكون الظاهر تبعاً للباطن .
ألا ترى ! أن ما بطن من أساس الحائط وروس الأجداع (٣) تبع (٤)

لما ظهر في جواز البيع ، ولا / يكون ما ظهر تبعاً لما بطن في ٢٢/ب
بطلان البيع . (٥)

- فصل -

فاذا ثبت أن تأبير بعض النخل تأبير (٦) لجميع النخل ، فلا
يخلو حال النخل من أحد أمرين : إما أن يكون نوعاً واحداً أو أنواعاً . فان
كان نوعاً واحداً فتأبير نخلة منه كتأبير جميعه . وإن كان أنواعاً

(١) ج : أو في بعضه .

(٢) ما بين الرقمين ساقط من د .

(٣) الأجداع جمع الجذع بكسر الجيم بمعنى ساق النخلة ، كما في
المصباح ص ٩٤ .

(٤) أ ، د : تبعاً . وهو خطأ ، والتصويب من ب ، ج .

(٥) انظر في المسألة : المهذب ٢٨٦/١ ، والفتح ٤٩/٨ ، والروضة

٥٥١/٣ ، والتكلمة ٣٥٨/١١ ، والنهاية ١٣٩/٤ ، ومغني

المحتاج ٨٦/٢ ، وشرح المحلى ٢٣٠/٢ .

(٦) أ ، د : "تأبيراً" وهو خطأ والتصويب من ب ، ج .

(١) (٢)

فأبّر نوع منه ، فهل يكون تأبيراً لجميع أنواعه ؟ على وجهين :

أحدهما - وهو قول أبي علي بن خيران - ^(٣) : أن كل نوع

معتبر بنفسه ، وأن تأبير أحد الأنواع لا يكون تأبيراً لجميع الأنواع ، لأن تلاحق النوع الواحد ^(٤) متقارب ، وتلاحق الأنواع المختلفة متباعد .

والوجه الثاني - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - : أن تأبير

النوع الواحد من النخل تأبير لجميع أنواع النخل ، لما ذكرناه من خوف الاختلاف وسوء المشاركة . وأنه ربما اتفق تأبير الأنواع المختلفة ، واختلف تأبير النوع الواحد .

- فصل -

(٥)

وإذا جرى على جميع الحائط حكم التأبير ، وجعلت الثمرة للهائج خارجة

من البيع ، فأطلعت النخلة بعد ذلك طلعا مستحدثا ، نظرفيه ، فإن كان من طلع العام المستقبل كان للمشتري . وإن كان من طلع العام الماضي

(١) أ ، د : فعلى . والشبه من ب ، ج .

(٢) أصحهما : الثاني ، وهو المذهب ، واليه ذهب أكثر أصحاب الشافعي . انظر : المهذب ٢٨٦/١ ، والفتح ٥٠/٩ ، والروضة ٥٥١/٣ ، والتكلمة ٣٥٩/١١ .

(٣) هو الشيخ أبو علي الحسين بن صالح بن خيران أحد أركان المذهب . كان زاهدا ورعا ، تقيا ، متقشفا ، من كبار الأئمة ببغداد . فرض عليه القضاء فلم يتقّده . مات ٣٢٠ هـ على الأصح . انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص ١١٠ ، وتاريخ بغداد ٥٣/٨ ، وابن خلكان ١٣٣/٢ ، والبداية والنهاية ١٧١/١١ ، وطبقات السبكي ٢١٣/٢ ، والشذرات ٢٨٢/٢ ، وطبقات الحسيني ص ٥٥ .

(٤) في أ : " متفاوت " ، وهو خطأ . والتصويب من النسخ الأخرى .

(٥) في النسخ : " وجعل " وهو خطأ .

تأخر ثم اطلع بعد تأخير ما تقدّم ، ففيه وجهان : (١)

أحدهما - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - : يكون للمستترى ،
لحدوثه على ملكه .

والثاني - وهو قول أبي حامد الاسفرايني- (٢) : أنه يكون
للبيع ؛ لأنه لما كان ما لم يؤت تبعاً لما قد أُوت من سوء المشاركة ،
وجب أن يكون ما لم يطلع تبعاً لما قد أُطلع ، خوفاً أيضاً من سوء المشاركة .
والوجه الأول أصح .

(١) أصحهما عند الأكثرين هو الوجه الثاني . وصحّ الوجه الأول
- كالموردى - ابن أبي عصرون ، وابن الصبّاح أيضاً . وقد ردّ
السبكي في تكمّله (٣٦٢/١١) على تصحيح الموردي فقال :
" إنه مخالف لنصّ الشافعي الصريح . ثم قال : وما ألزم به الموردي
من "بيع ما لم يخلق تبع لما خلق " فانما يلزم لو كان كل ما
يشترط في البيع يشترط في الاستثناء .
ثم قال : وقوله " إنّ ما لم يؤت يصرّح عليه العقد " فرّعه
على رأيه ورأى غيره . وقد تقدّم عن أبي اسحاق أنه لا يصرّح
بيعه ، وهو الأصحّ عند المحاملي وغيره . فعلى هذا لا يصرّح
الفرق المذكور ."

وراجع أيضاً : المهذب ٢٨٦/١ ، والفتح ٥١/٩ ، والنهائية
١٤٤/٤ ، والمغني ٨٢/٢ .

(٢) اسمه : أحمد بن محمد بن أحمد ، ويعرف بابن أبي طاهر .
وهو شيخ طريقة العراقيين ، وحافظ المذهب ، وجبل من جبال
العلم .

ولد في اسفرايين (بلدة بخراسان بنواحي نيسابور) سنة
٣٤٤ هـ وانتقل الى بغداد ٣٦٤ هـ ودرس بها الفقه من سنة ٣٧٠ هـ
الى أن مات .
===

والفرق بين ما ذكره : أن ما لم يؤتّر يصحّ عليه العقد ، ويلزم فيه الشرط ، فجاز أن يصير تبعاً لما قد أُتّر في العقد . وما لم يطلع لا يصحّ عليه العقد ، ولا يلزم فيه الشرط ، فلم يصّر^(١) تبعاً لما قد استثناء العقد . ولو كان ما ذكره تعليلاً صحيحاً ، لجاز بيع ما لم يخلق من الثمار تبعاً لما قد خلق . كما يجوز^(٢) بيع ما لم يبداً صلاحه تبعاً لما بدأ صلاحه . وفيما ذكرناه من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله .

- فصل -

وإذا كان له حائطان محوزان^(٣) ، فباعهما وقد أُتّرت ثمرة أحدهما ولم تؤتّر ثمرة الآخر ، فلكل^(٤) واحد من الحائطين حكم نفسه لامتيازهما ، وتكون الثمرة المؤتّرة للبائع ، وثمره الحائط الذي

=== قال الخطيب : " أقام ببغداد مشغولاً بالعلم ، حتى صار أوسع وقتاً ، وانتهت إليه الرياسة ، وعظم جاهه عند الملوك والعمام . وكان الناس يقولون : لو رآه الشافعي لفرح به " أهـ وله كتاب مطول في أصول الفقه ، ومختصر في الفقه سماه " الرونق " توفي سنة ٤٠٦ هـ .

انظر في ترجمته : طبقات الشيرازي ص ١٢٣ ، وتاريخ بغداد ٣٦٨/٤ ، والوفيات ٧٢/٢ وتهذيب الأسماء ٢٠٨/٢ ، وطبقات السبكي ٢٤/٣ ، والاسنوى ٥٧/١ ، والحسيني ص ١٢٧ .

- (١) د : فلم يصير . خطأ .
 (٢) د : كما لم يجوز . خطأ .
 (٣) الحائط بمعنى البستان ، والجمع : حوائط . ومحوزان بمعنى : مضمومان ، من حازه أي : ضمه وجمعه . انظر : المصباح ص ١٥٦ .
 (٤) أ ، ج ، د : " ولكل " والتصويب من ب .

لم يؤبر للمشتري. (١)

ولو كان حائط واحد فأبترت شجرة مقدّمه (٢)، ولم تؤبر

شجرة / مؤخره . فان باع جميع الحائط كان كل الشجرة في حكم ١/٧٤

المؤبرة . وإن أورد (٣) العقد على إحدى الحصتين نظر، فان كان

العقد على (٤) مقدّم الحائط الذي قد أبر فثمرته للبائع . وإن كان على (٥)

مؤخر الحائط الذي لم يؤبر، ففيه وجهان : (٦)

أحدهما : للبائع أيضا ؛ لأنّ الحائط واحد ، وتأبير بعضه تأبير

لجميعه ، فيصير المؤخر الذي لم يؤبر في حكم المقدّم الذي قد أبر .

والوجه الثاني : أنها تكون للمشتري ؛ لأنّ أفراد المؤخر بالعقد

يجعله في حكم الحائط المحوز ، فلا يكون تبعا لغيره في التأبير . (٧)

(١) هذا هو الصحيح المشهور الذي جزم به - كالماوردي - القاضي أبو الطيّب

والرويانسي والشيخ أبو حامد أيضا . وفيه وجه آخر : أنّ البساتين

يتبع بعضها البعض فيما إذا اتحد العقد والجنس والمالك . وأما

إذا تعدّد واحد من هذه أفراد كل بحكمه جزما .

انظر التفصيل في : المهدّب ٢٨٦/١ ، والفتح ٥٠/٩ ، والروضة

٥٥١/٣ ، والتكلمة ٢٦٠/١١ ، والنهاية ١٤٣/٤ ، والمغني ٨٧/٢ ،

وشرح المحلى ٢٣٢/٢ .

(٢) أثبتته من ب ، ج ، أ ، د : مقدّمه .

(٣) ب : أفراد .

(٤) د : في .

(٥) على : ساقط من د .

(٦) أصحهما : أنه للمشتري ، انظر : المراجع السابقة .

(٧) ب : زيادة ، والله أعلم .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله ^(١) : (ولو تشقق طلع إنانسه
أوشي* منه ، فهو في معنى ما أبر نخله .) ^(٢)
أما التأبير فهو : التلقيح ^(٣) . والتلقيح ^(٤) : هو أن يشقق
طلع الإناث ، ويوضع فيه شي* من طلع الفحول ليشدد براءته ويقوى ،
فلا يلحقه الفساد على ما جرت به العادة ، وصحت فيه التجربة .
وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة رأى
الأنصار يؤبّرون النخل ، فسأل عن ذلك فأخبروه . ^(٥)
فقال : " لو تركوها لملحت " فتركوها فتغيّرت . فقبل ذلك
للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : " ما كان من أمر دنياكم فإليكم ، وما كان من
أمر الآخرة فإليّ " . ^(٦)

- (١) ب ، د : رضي الله عنه .
(٢) انظر : مختصر المزني ١٦٠/٢ .
(٣) انظر : الصحاح ٥٧٤/٢ ، والمصباح ص ١ وفيه : " أبرت النخل
أبراً من باب ضرب وقتل . وأبرت تأبيراً مبالغة وتكثير .
(٤) انظر في كيفية التأبير : الفتح ٤٠/٩ ، والروضة ٥٤٨/٣ ،
والتكلمة ٣٢٨/١١ .
(٥) ب : وأخبروه . خطأ .
(٦) أخرجه مسلم في الفضائل ١٨٣٥/٢ من حديث موسى بن طلحة
عن أبيه ، ومن حديث رافع بن خديج وعائشة وأنس ، باللفاظ
مختلفة ، وأقربها للفظ المذكور أعلاه هو حديث رافع ، قال :
" قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يؤبّرون النخل -
يقولون يلّقعون النخل - فقال : " ما تمنعون ؟ " قالوا : كنا
نصنعه . قال : " لعلكم لو لم تفعلوا كان خيراً " فتركوه .

فلو تشقق طلع الإناث ، ولم يلّقح بطلع الفحول ، صحّ التأبير ،
وخرجت من العقد ، لأنّ التلقيح ربما ترك فصلحت الثمرة . وقد يكون من
أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصلح لثمرته .

فلولم يتشقق الطلع بنفسه ، لكن شققه أربابه ، فإن كان ذلك
في وقت الإدراك وزمان الحاجة كان تأبيراً ، وإن كان قبل الإدراك وفي
غير زمان الحاجة ، لم يكن تأبيراً .^(١)

مسألة -

قال الشافعي رحمه الله^(٢) : (وإن كان فيها فحول نخسل
بعد أن توبر الإناث ، فثمرتها للبائع . وهي^(٣) قبل الإبار وبعد
في البيع في معنى^(٤) ما لم يختلف قول فيه^(٥) أن كل ذات حمل .)
الفصل .^(٦)

==== فنقضت ، أو فنقصت . قال : فذكروا ذلك له ، فقال : إنما أنا
بشر إذا أمرتكم بشي^{*} من دينكم فخذوا به . وإذا أمرتكم بشي^{*}
من رأي فأنما أنا بشر^{*} قلت : ومعنى نفقت : أي أسقطت ثمرها .
وأخرجه ابن ماجة ٨٢٥/٢ من حديث طلحة وعائشة . وأحمد
١٢٣/٦ من حديث عائشة كلاهما بمعنى حديث مسلم .

(١) انظر في هذه المسألة : المهذب ٢٨٦/١ ، والفتح ٤٢/٩ ،
والروضة ٥٤٨/٣ ، والتكملة ٣٤٦/١١ ، والنهاية ١٤٠/٤ ،
والسغني ٨٦/٢ ، وشرح المحلى ٢٣٠/٤ .

(٢) ب ، د : رضي الله عنه .

(٣) أثبتتها من م . وفي أ ، ب ، ج : فهي^{*} وسقطت من د .

(٤) د : في بيع .

(٥) ب : قوله فيه^{*} م : ما لم يختلف فيه من أن .

(٦) انظر : مختصر المزني ١٦٠/٢ وتمامه : من بني آدم ومن البهائم
بيعت ، فحملها تبع لها كعضو منها ، لأنه لم يزايلها . فان بيعت
بعد أن ولدت فالولد للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع .

قد ذكرنا أنّ طلع الفحول إذا تشقق كان مؤبّرا . وقبل تشقّقه
على وجهين : (١)

أحدهما : لا يكون مؤبّرا كطلع الإناث .

والثاني : يصير في حكم المؤبّر ، لأنّه يوجد في الغالب طلعا .
فإذا تبايعا دخلا فيها فحول وإناث ، فإن أبّر طلع الإناث كان
طلع الفحول تبعاً له . وسواء تشقق أولم يتشقق . ولو أبّر طلع الفحول
إمّا بالتشقق أو بظهور الطلع في أحد الوجهين ، ولم يؤبّر شيء من طلع
الإناث ، فهل يصير طلع الإناث تبعاً له / في التأبير حتى يحكم
بجميعه للبائع ؟ على وجهين : (٢)

أحدهما : يصير طلع الإناث تبعاً لطلع الفحول في التأبير ،

كما صار طلع الفحول تبعاً لطلع الإناث في التأبير .

والوجه الثاني - وهو أصحّ - : أنّ طلع الإناث (٣) لا يتبع طلع

الفحول . وإن كان طلع الفحول يتبع طلع الإناث .

والفرق بينهما : أنّ مقصود الشارع هو طلع الإناث ، لأنّه يصير

بسرا ورطباً وتمراً . وطلع الفحول تبع له (٤) ، لأنّه يراد لتلقيحه ،

(١) تقدّم في ص : ٥٦٧ .

(٢) ذكرهما الرافعي في الفتح ٥٢/٩ ، والنووي في الروضة ٥٥١/٣ ،

والسبكي في التكملة ٣٥٤/١١ ، وكلهم صحّحوا الوجه الأول . وقال

السبكي بعد أن حكى تصحيح الماوردي للوجه الثاني : وهذا

الوجه هو الذي يدلّ عليه نصّ الشافعي .

(٣) طلع الإناث : ساقط من د .

(٤) له : ساقط من د .

وليس يقصد في نفسه . فلذلك صار طلع الفحول تبعاً لطلع الإناث في التأخير ، ولم يصير طلع الإناث تبعاً له .

- فصل -

- (١) وإذا أخذ طلع الفحول جازبيعه في قشره ؛ لأن استيقاءه (١)
في القشر من صلاحه كالرمان ، وكان أبو اسحاق المروزي رحمه الله (٢)
يمنع من بيعه في قشره حتى يصير بارزاً . وليس هذا بصحيح لما ذكرناه . (٣)

- مسألة -

- قال الشافعي (٤) : (والكرف إذا بيع أصله كالنخل ، إذا خرج
جوزه ولم يتشقق فهو للمشتري ، وإذا تشقق فهو للبائع .) (٥)
أما الكرف : فهو القطن (٦) بلغة الحجاز . وهو بالبصرة
ومصر (٧) وأطراف اليمن والحجاز شجر (٨) يلقط عاماً بعد عام . ويكون
في سائر البلاد زرعاً يحصد في كل عام . فتكلم الشافعي رحمه الله (٩)
على حكمه في بلاده .

- (١) ب : استيقاؤه . وهو خطأ .
(٢) رحمه الله : لا يوجد في ب .
(٣) انظر : التكملة ٣٥٧/١١ قال السبكي : ونسب الإمام - يقصد
الجويني - الأول الى معظم أصحابنا . وذكر عن صاحب التقريب
أنه ذكر في ذلك قولين ، وأنه بناهما على بيع الحنطة فـسي
سنبلها . قال الامام : وهذا مقدح حسن .
(٤) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه . ج : الشافعي رحمه الله .
(٥) انظر : مختصر العزني ١٦١/٢
(٦) انظر : الصحاح ١٤٢١/٤ ، والمصباح ص ٥٣٠ .
(٧) "ومصر" ساقط من أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .
(٨) ج : شجراً ، وهو خطأ .
(٩) ب : بدون رحمه الله .

فإذا كان القطن في بلاد يكون شجرا كان منزلا في أحواله
تنزيل النخل ؛ لأنه في كمام^(١) يتشقق عنه . فإذا بيع شجر القطن مع
الأرض أو مفردا عن الأرض ، وكان حمله شافكا^(٢) ، أو وردا ، أو جوزا
منعقدا فهو للمشتري تبعا لأصله ، كتمر النخل إذا كان طلعا لم يؤبر .
وإن كان جوزا قد تشقق ، وقطنه قد ظهر ، فهو للبائع لا يتبع أصله ، كتمر
النخل إذا أُبر .

فأما إذا كان القطن في بلاد يكون زرعاً ، فلا يجوز أن يباع
مفردا من الأرض إلا أن يشترط القطع . وإذا بيعت الأرض لم يدخل
في البيع نبات القطن ولا ما فيه من ورد وجوز كسائر الزروع .^(٣)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله^(٤) : (وتخالف الثمار من الأعناب
وغيرها النخل^(٥) . فتكون كل ثمرة خرجت بارزة ترى^(٦) في أول ما
تخرج كما ترى في آخره فهو في معنى ثمر النخل بارزا من الطلع^(٧) .
فإذا باعه شجرا ثمرا فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، لأن الثمر
فارق أن يكون مستودعا في الشجر ، كما يكون الحمل مستودعا في الأمه^(٨) .

(١) كمام : جمع كمامة : وعاء الطلع وغطاء الثور ، انظر : المحاح

٠٢٠٢٤/٥

(٢) هكذا في النسخ ، ولعله مصحف عن " شافكا " أي ذا شوك ، كما

في القاموس ٣/٣١٩ .

(٣) انظر : المهدب ١/٢٨٦ ، ٢٨٧ ، والفتح ٩/٤٩ ، والروضة ٣/٥٥٠

والتكلمة ١١/٣٦٥ .

(٤) ب ، د : رضي الله عنه .

(٥) النخل : ساقط من ب .

(٦) م : وترى .

(٧) أثبتته من م . وفي النسخ " والطلع " وهو خطأ .

(٨) انظر : مختصر المعزني ٢/١٦١ .

وهذا صحيح . / وجملته أن النبات ضربان : شجر ، وزرع . ١/٧٥

فأما الشجر فهو ما كان على ساق ، فلا يخلو حال حمله من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون مقصوده الورق .

والثاني : أن يكون مقصوده الورد .

والثالث : أن يكون مقصوده الثمار .

فأما ما كان المقصود منه الورق ، فكالحِثَاء والتوت^(١) . فأما الحِثَاء

فإن ورقه يبدو بعد تفرّع أغصانه من غير أن يكون في عقدة ينفث عنها .

فإذا بدا ورقه بعد التفرّع صار في حكم النخل المؤبر فيكون للبائع^(٢) .

وأما شجر الفرساد : فنوعان ، نوع^(٣) يعرف بالشامي يقصد

منه ثمره دون ورقه ، فحكمه حكم ثمر الأشجار إذا طلع فلا اعتبار بظهور ورقه .

ونوع منه يقصد منه ورقه دون ثمره ، وورقه يبدو في عقده ثم

ينفث عنها . فإن كان في عقده فهو تبع لأصله . وإن كانت عقده

قد انشقت وظهر ورقها لم يتبع أصله وكان للبائع^(٤) . وكذا القول في كل ما

قصد منه الورق .

(١) التوت : شجر معروف يعلفه دود القز ، وله حمل أحمر طيب

يوه كل ، ويقال له الفرساد أيضا . أنظر : الصحاح ١/ ٢٤٥ ،
والمصباح ص ٧٨ .

(٢) في الفتح ٤٣/ ٩ : " في البيان : وشجر الحِثَاء ونحوه يجوز أن
يلحق بشجر الفرساد . ويجوز أن يقال : إذا ظهر ورقه فهو
للبائع بلا خلاف ، لأنه لا ثمرة لها سوى الورق ، وللفرساد ثمرة
مأكولة . "

(٣) ب : يعرب . وهو تصحيف .

(٤) أنظر : التنبية ص ٦٥ وفيه : " قيل : إنه إن لم ينفث فهو

وأما ما كان المقصود منه الورد فيتنوع^(١) نوعين . نوع منه يبدو
(٢) بارزا كالياسمين^(٣) ، فهذا إذا وجد الورق فيه^(٤) لم يتبع
أصله . ونوع منه يبدو^(٥) مستجنا ، إما بعقد تنفتح عنه ، أو بغطاء
ينكشف عنه كالورد المطلق ، فإن كان في كمامه لم يبرز ، فهو تبع لأصله ،
وإن برز عما تحته لم يتبع أصله وكان للبائع .

وأما ما كان المقصود منه الشر ، فعلى ثلاثة أضرب :
أحدها : أن يبدو بارزا منعقدا كالتين ، فهذا وجوده
في شجره كالتأخير لا يتبع أصله ، ويكون للبائع .
والضرب الثاني : ما يبدو في كمام ينشق^(٥) عنه ، كالجوز
عليه قشرتان . إحداهما عليها تنشق عنه في شجره . والثانية سفلى يؤخذ^(٦)

====
للمشتري . وإن تفتح فهو للبائع . وقيل : هو للمشتري بكل
حال . *

والمهذب ٢٨٦/١ وقال في تعليل الوجه الأول : لأن الورق من
هذا كالشر من سائر الأشجار . وظل للثاني بقوله : لأنه بمنزلة
الأغصان من سائر الأشجار ، وليس كالشر ؛ لأن شمر التوت
ما يؤكل منه . *

والفتح ٣٨/٩ ، والروضة ٥٤٩/٣ ، والتكلمة ٣٧٠/١١ ،
ونسب فيها الوجه الأول إلى أبي إسحاق ، قال : وصححه
الروائي ، ونسب الإمام الجويني الوجه الثاني إلى جماهير
الأصحاب . *

- (١) ب : ليتنوع .
(٢) مابين القوسين ساقط من د .
(٣) الياسمين : بكسر السين وقيل بفتحها ، معرب ، شوم معروف ،
وهو غير منصرف . والبعض يعربه إعراب جمع المذكر السالم على غير
قياس . المصباح ص ٦٨١ .
(٤) د : النخل فيه ، خطأ .
(٥) ب : يتشقق .
(٦) تشقق عنه ساقط من ب .

معها ويذخر بها . فهذا في حكم طلع النخل . فاذا كان في قشرته العليا ، فهو تتبع لأصله ويكون للمشتري . وإن انشقت عنه القشرة العليا ، وبـرزت القشرة السفلى ، لم يتبع أصله وكان للبائع .

والضرب الثالث : ما يبدو وردا ونورا ، ثم ينعقد حبّا ، كالتفاح ، والشمش ، والرمان ، والسفرجل ، والكشمش ، وما في معناه . فاذا كان وردا ونورا فهو تتبع لأصله فيكون للمشتري . وإن انعقد وتساقط نوره لم يتبع أصله وكان للبائع . وكذلك اللوز في معناه .

فأما الكرم فنوعان . منه ما يورد ^(١) ثم ينعقد . ومنه ما يبدو

حبّا منعقدا ، فيعتبر كلّ واحد من النوعين بحكم ما ذكرنا من نظائره / ٧٥ ب / ^(٢)

فهذا حكم الشجر وما في معناه . فإن لم يكن شجرا مثل بصل النرجس والزعفران ، إلّا أنه يبقى سنين في موضعه ، فيكون كشجر الورد على ما ذكرنا .

وأما الزرع فضربان :

ضرب إذا حصد لم يبق له أصل يستخلف ، كالبرّ والشعير . فهذا لا يتبع أصله إلّا بالشرط . ولا يجوز إفراذه بالعقد إلّا بشرط القطع .

وضرب آخر يُجَزَّر مرارا ويستخلف ، كالعلف وهو القَتَّ ^(٣) .

وأنواع من البقول ، فيكون ما طلع منه وظهر ^(٤) للبائع لا يتبع الأصل . وهل ينتظر بما طلع منه تناهي جزاه ^(٥) أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : ينتظر به تناهي جزاه ^(٥) . فاذا بلغ العَدَّ

(*) من ب . وفي أ ج د : فإن .
(١) أي يخرج وردها .

(٢) النرجس : شجور معروف ، مقرّب ، ونونه زائدة باتفاق ، كما في المصباح ص ٢١٩ .

(٣) القَتَّ : الغَصِصَة إذا يبست ، وقيل : هو حبّ برّي لا يُنبَت به الآدمي ويقتات به أهل البادية وقت الجذب . أنظر : المصباح ص ٤٨٩ .

(٤) أ ، د : وما ظهر . والمثبت من ب ، ج .

(٥) ب : جوازه ، في الموضعين ، وهو تصحيف .

الذى جرت العادة بجزازه عليه ، فقد انتهى ملك البائع ، ويكون ما بعد تلك الجزّة بكما لها للمشتري . وهذا قول من زعم أنّ ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعاً لما أطلع منها وأبّر .

والوجه الثاني (*) : أنه لا ينتظر به كمال جزازه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وإن لم يستكمل ، ويؤمر بجزازه وإن لم يستكمل . ويكون الأصل الباقي وما يستخلف طلوعه من بعد العقد تابعاً للأصل . وهذا قول من زعم أنّ ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشتري ، ولا يكون تبعاً لما أطلع منها وأبّر . (١)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ومعقول إذا كانت الثمرة للبائع أنّ على المشتري تركها في شجرها إلى أن تبلغ الجداد (٢) ، واللقاط (٣) ، أو القطاف (٤) من الشجر . (٥))

- (*) من باع . وفي آد : الوجه الثاني .
- (١) أنظر في المسألة : التنبيه ص ٦٥ ، والمهذب ٢٨٦/١ ، والفتح ٤٣/٩ ، والروضة ٥٤٩/٣ ، والنهية ١٤٠/٤ ، والمغني ٨٧/٢ ، وشرح المحلى ٢٣١/٢ .
- (٢) جداد : بفتح الجيم وكسرهما زمان صرم النخيل ، يقال : جَدَّ النخل أي : صرّه ، وبابه ردّ . انظر : الصحاح ٤٥٤/٢ ، والمختار ص ٩٥ .
- (٣) اللقاط : أي أوان اللقط . يقال : لَقَطَ الشيء والتقطه : أخذه من الأرض بلا تعب . أنظر : الصحاح ١١٥٢/٣ .
- (٤) القُطاف : بضم القاف وفتحها أوان قطف الثمر . يقال : قَطَفْتُ العنب قطفاً ، من باب ضرب ، أي قطعته .
- هذا ، وقال السبكي في تكملة ٤٠١/١١ : " يقال الجداد والصرام في النخل والقطاف في الكرم ، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكشري وغيره فيلتقط " .
- (٥) أنظر : المختصر ١٦٢/٢ والام ٣٧/٣ .

وهذا كما قال . إذا صارت ثمرة النخلة للبائع ، فلا يخلو حالها
من أحد أمرين : إما أن تصير له بالتأبير أو بالشرط قبل التأبير .
فإن صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير ، فعلى البائع
قطعها في الحال ، ولا يلزم المشتري تركها على نخله إلا باختياره . وإنما
كان كذلك ، لأن استثناء البائع لها إنما يصح على شرط القطع ^(١) لما
ذكرنا . وهذا الشرط يوجب عليه التزام موجب .
وإن صارت الثمرة له بالتأبير من غير شرط ، فلبائع تركها على
نخلها وشجرها إلى أوان جدادها ولقاطها ، ولا يلزمه قطعها ، ولا
للمشتري أن يمتنع من تركها ^(٢) .

(١) قال السبكي : وهذا الذي قاله الماوردي إنما يستقيم إذا شرطنا
القطع في الاستثناء وقد تقدم أن الأصح خلافه . انظر : تكملة
٤٠٢/١١ .

(٢) قلت : هذا مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد .
انظر : المهذب ٢٨٧/١ ، والفتح ٥٤/٩ . وفيه :
واعلم أنه حكى اختلاف القول في جواز إبقاء الشار في صورتين :
إحداهما : لو تعذر السقي لانقطاع الماء ، وعظم ضرر النخيل
بإبقاء الشار ففيه قولان . أصحهما : أنه ليس له الإبقاء دفعا للضرر
عن المشتري .

والثانية : لو أصاب الشمار آفة سماوية ، ولم يكن في إبقائها
فائدة ، هل له الإبقاء ؟ فيه قولان . " أه ملخصا .

والروضة ٢٥٢/٣ ، والمغني لابن قدامة ٥٢/٤ ، والإفصاح لابن
هبة ٢٢١/١ . والنهاية ١٤٣/٤ ، ومغني المحتاج ٨٧/٢ ،
وشرح المحلى ٢٣٢/٢ .

وفي المراجع الثلاثة الأخيرة التصريح بعدم الفرق الذي ذكره الماوردي
فقالوا : إن الثمرة إذا بقيت للبائع بالشرط أو غيره ، فإن شرط
القطع لزمه ، وإن شرط الإبقاء أو أطلق ، فله تركها إلى زمن الجداد .

وقال أبو حنيفة ^(١) : على البائع قطعها ، ولا يلزم المشتري

تركها . احتجاجاً بأن المشتري يملك منفعة ما ابتاعه ، فهو يملك منفعة النخل كما يملك منفعة الدار . فلما كان لو ابتاع داراً ، وجب على البائع

نقل ما فيها من متاعه ليسلم للمشتري / منفعة داره ، كذلك إذا ١/٢٦

ابتاع نخلاً ، وجب على البائع جدار ما عليها من ثماره . ليسلم للمشتري منفعة نخله . ثم أخذ الثمرة أولى ، لأن تركها مضر ، وترك المتاع غير مضر .

ولأنه لو استحق البائع ترك الثمرة ، لكان قد استثنى منفعة ما باعه ،

كمن باع داراً واشترط سكنها . فلما كان هذا فاسداً ^(٢) ، كان ما أدى إليه فاسداً ^(٣) .

ودليلنا : هو أن المبيع إذا كان مشغولاً بملك البائع ، وجب

عليه نقله على ما جرت العادة به ، واستقر العرف عليه . ألا ترى ! لو باع

داره ليلاً ، لم يلزمه الانتقال عنها في الحال حتى يصبح ، اعتباراً بالعادة

والعرف . ولو كانت الدار ملوثة بمتاعه لم يلزمه أن يجهد نفسه في نقله

في يومه حتى ينقله في الأيام اعتباراً بالعادة والعرف . وجب إذا باعه

نخلًا أن لا يلزمه أخذ ثمرها في الحال حتى ينتهي ^(٤) إلى وقت الجدار

اعتباراً بالعادة والعرف .

(٥)

ولأن ما ثبت بالعادة والعرف في حكم ما ثبت بالشرط ، بدليل

(١) انظر في مذهبه : البدائع ٣٠٦٠/٦ ، والتبيين ١١/٤ ، والبحر

الرائق ٣٢٤/٥ ، والهداية مع الفتح ٢٨٤/٦ ، والدر المختار

مع حاشية ابن عابدين ٢٨٤/٤ .

(٢) أ : فاسد ، والتصويب من سائر النسخ .

(٣) أ ، د : فاسد . والتصويب من ب ، ج .

(٤) أ ج : وينتهي . والمثبت من ب ، ج .

(٥) ثبت : ساقط من د .

أن الاثمان المطلقة تحمل على غالب النقد ، كما لو ثبت ذلك بالشرط .
والعرف في الثمار تركها إلى وقت الجداد ^(١) فلما كان لو شرط البائع
تركها إلى وقت الجداد ^(١) يلزم ، وجب إذا كان العرف أن يترك إلى
وقت الجداد أن يلزم ^(٢) .

وأما الجواب عما ذكره ^(٣) من الدار ، فهما جواء ، والعرف ^(٤)
فيهما معتبر . لكن العرف في الدار أن ينقل البائع متاعه في أول أوقات
الإمكان ، وفي الثمار في أول أوقات الجداد . ثم نقول : منفعة الدار تبطل
بإقرار المتاع فيها ، ولا تبطل منفعة النخل بإقرار الثمرة عليها .

وأما الجواب عن استدلاله : " بأنها منفعة مستثناة كالسكنى "
فهو أن الأصول قد فرقت بين استثناء المنفعة بالعقد وبين استثناءها
بالشرط . ألا ترى أنه لو باع أمة واستثنى الاستمتاع بها لم يجز ،
وكان العقد فاسدا . ولو كانت مزرعة كان الاستمتاع مستثنى والعقد
صحيحا . ثم الفرق بين السكنى والثمره ما ذكرناه من قبل .

وإذا تقرّر أن للبائع استبقاء ^(٥) الثمرة إلى أوان الجداد . فإن
كانت مما يؤخذ ^(٦) تمرا ، فالى أول أوقات جدادها تمرا .
وإن كانت مما يؤخذ ^(٦) رطبها ، فالى أول أوقات لقاطها رطبها .
وإن كانت مما يؤخذ ^(٦) بسرا ، فالى أول أوقات قطعها بسرا .

(١) ما بين القوسين ساقط من د .

(٢) ج : يلزم . أى بدون " أن " .

(٣) ب : عما ذكره .

(٤) ج : والفرق . وهو تصحيف .

(٥) ب ، د : استيفاء . وهو تصحيف .

(٦) ب : " ما يوجد " ج : " ما تؤخذ " د : غير منقوط في المواضع

وكذا الكلام / في الكرم والشجر . فيقرّ الكرم الى وقت ٧٦/ب
القطاف ، والشجر الى وقت اللقاط . والله أعلم .^(١)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله :^(٢) (فإذا كان لا يصلحها إلا السقي ،
فعلى المشتري تخلية البائع وما يكفى من السقي من الماء^(٣) ما فيه^(٤)
صلاح ثمره .)^(٥)

وهذا كما قال . إذا استحقّ البائع ترك الثمرة على نخيل
المشتري الى وقت الجداد ، فقد تحتاج الثمرة الى ما يصلحها من السقي ،
فيجب على المشتري تمكنه من السقي لما قد استحقّقه من إصلاح ثمره .
وإذا كان كذلك ، فلا يخلو حال السقي من أحد أمرين : إمّا أن
يكون ممكنا أو متعذرا . فان كان السقي ممكنا لم يخل حاله من أربعة
أقسام :

أحدها : أن يكون نافعا للنخل والثمره ، فللبائع أن يسقي . وعلى
المشتري أن يمكنه ، ومونة السقي على البائع دون المشتري ، لما فيه
من صلاح ثمره ، وإن كان لنخل المشتري فيه صلاح ؛ لأن الأغلب من
حال السقي صلاح الثمرة ، والنخل تبع .

(١) ب ، ج : بدون " والله أعلم " .

(٢) ب ، د : رضي الله عنه .

(٣) م : " وإنما له من الماء " في موضع : وما يكفى من الخ .

(٤) ب بد : وفيه أي بدون " ما " .

(٥) انظر : مختصر المزني ١٦٢/٢ ، وأيضا : الأعم ٣٧/٣ .

والفرق بين هذا وبين أن يبيع صاحب النخل ثمرته فيجب سقيها على صاحب النخل دون مشترى الثمرة أن من باع ثمره وجب عليه تسليمها بمنافعها ، ومن منافعها السقي ، فوجب على بائعها دون المشتري لها . وليست هذه الثمرة الحاصلة لبائع النخل ^(١) بالتأبير مضمونة على صاحب النخل بالتسليم ، فلم يجب عليه السقي .

فلو امتنع البائع في سألتنا من سقي ثمرته لم يجبر عليه ^(٢) وقيل لمشتري النخل : إن أردت سقي نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه .

والحال الثانية : أن يكون السقي مضرًا ^(٣) بالنخل والثمرة . ^(٤) فان أراد صاحب النخل أن يسقى كان لصاحب الثمرة أن يمنعه ؛ لأنه لا ينفعه ، ويضر غيره ^(٥) وإن أراد صاحب الثمرة أن يسقى كان لصاحب النخل أن يمنعه ؛ لأنه لا ينفعه ^(٥) ، ويضر غيره .

فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذي كنت أستحقه لسقي ثمرتي ، فأسقي به غيرها من الشار أو الزروع ^(٦) ، لم يجز . وكذا لو أخذ ثمرته قبل جدادها لم يكن له أن يأخذ الماء الذي كان يستحقه لسقيها ^(٧) إلى وقت الجداد ؛ لأنه إنما يستحق ^(٨) من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها .

-
- (١) النخل : ساقط من ب .
 (٢) أثبتته من ج ، أ ، د : " لم يجب عليه " ب : " لم يجز عليه " .
 (٣) أ ، د : " مضر " وهو خطأ ، والتصويب من ب ، ج .
 (٤) ما بين القوسين ساقط من د .
 (٥) قال السبكي في تكملة ٤٠٧/١١ : " وهذا إنما يتصور في غير النخل . أما النخل فينفعه السقي أبداً " .
 (٦) ب : الزرع .
 (٧) لسقيها : أثبتته من ب . ولا يوجد في سائر النسخ .
 (٨) ب : إنما كان يستحق .

والحال الثالثة : أن يكون السقي نافعا ^(١) للنخل مضرًا بالثمرة.

فقد اختلف أصحابنا هل لصاحب النخل أن يسقي مع ما في السقي من مضرّة
الثمرة ؟

فحكى عن أبي إسحاق المروزي أنه قال : لصاحب الثمرة أن يمنع
من السقي ؛ لما فيه من / مضرّة الثمرة . فإذا منع كان لصاحب ١/٧٧
النخل فسخ البيع ؛ لما يلحقه في منع السقي من المضرّة ^(٢) .
وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال ^(٣) : لصاحب النخل
أن يسقي ، ويجبر صاحب الثمرة على تمكنه ؛ لما في السقي من حقوق ملكه ،
ولا خيار . ثم مؤنة السقي ههنا على صاحب النخل لاختصاصه
بالمنفعة .

والحال الرابعة : أن يكون السقي نافعا للثمرة ، مضرًا بالنخل .

فعلى قول أبي إسحاق المروزي : لصاحب الثمرة أن يسقي لصالح ثمره ^(٤) .
ولصاحب النخل فسخ البيع ، لما يلحقه من الأضرار بنخله ، وعلى قول
أبي علي بن أبي هريرة : له أن يسقي ثمره جبراً ، ولا خيار لصاحب
النخل ^(٥) .

(١) ب ، د : تابعاً ، وهو تصحيف .

(٢) وصحّحه الرافعي في فتحه ٥٧/٩ ، والنووي في روضته ٥٥٣/٣ .

(٣) صحّحه الفزالي في الوجيز ، وأيّده السبكي في تكملة . ونقل عن
ابن الرفعة قوله : " إنّ ظاهراً النصّ على ما صحّحه في الوجيز ."
انظر : الوجيز ١٤٩/١ ، والتكملة ٤٠٩/١١ .

(٤) ب ، ج : ثمرته .

(٥) أصحابهما عند أكثر الأصحاب هو قول أبي إسحاق . وحكى عن إمام
الحرمين في هذه الحالة والتي قبلها ثلاثة أوجه . ثالثها : أنها
يتساويان . انظر : الفتح ٥٧/٩ ، والروضة ٥٥٣/٣ .

فلو اختلفا في قدر السقي لم يرجع فيه الى واحد منهما ، وسئل (١)
أهل الخبرة بالثمرة . فما ذكروا أنه قدر كفايتها كان على صاحب النخل
تمكينه منه ، دون الزيادة عليه أو النقص (٢) عنه . (٣)

- فصل -

فأما إن كان الماء متعذراً فلا يخلو حال تعذره من أحد أمرين
إما أن يكون لإعواز (٤) الماء أو لفساد آله . فان كان تعذر الماء لإعوازه
سقط حكم السقي .

ثم لا يخلو حال الثمرة في تركها على النخل من أربعة أحوال :
أحدها : (٥) أن يكون تركها بغير سقي يضر بالنخل وبها ، فقطعها
واجب . ولربّ النخل أن يجبر صاحب الثمرة على قطعها ، لأنّ فيه
مضرة بالنخل ، وليس فيه منفعة للثمرة .

(٦)
والحال الثانية : أن يكون تركها غير مضرّ بالنخل ولا بها . فله
ترك الثمرة الى وقت جدادها ، لأنّه لا مضرة على صاحب النخل في تركها .
والحال الثالثة : أن يكون تركها مضرّاً (٧) بالثمرة دون النخل .
فصاحب الثمرة بالخيار في أخذ الثمرة أو تركها . ولا ضمان (٨) لصاحب

- (١) د : ويسأل .
(٢) ب : أو التقصير .
(٣) انظر في المسألة : المهذب ٢٨٨/١ ، والوجيز ١٤٩/١ ، والفتح
٥٦/٩ ، والروضة ٥٥٢/٣ ، والتكلمة ٤٠٥/١١ ، والنهاية
١٤٣/٤ ، والمغنى ٨٨/٢ .
(٤) أعوزه الشيء : إذا احتاج اليه فلم يقدر عليه . أنظر : المختارص ٤٦٢ .
(٥) ب : إحداهن ، ج : أحدها هو .
(٦) ب : فلو .
(٧) أثبتته من ج . وفي سائر النسخ " مضر " وهو خطأ .
(٨) أثبتته من ج . وفي سائر النسخ : " ولا يقال " وهو خطأ .

النخل ؛ لأنه لا ضرر عليه فيها .

والحال الرابعة : أن يكون تركها مضرًا ^(١) بالنخل دون الشجرة ،
ففيه قولان : ^(٢)

أحدهما : لربّ الشجرة أن يقرّ الشجرة على النخل إلى وقت الجداد ،
وإن أضرّ بنخل المشتري ، لما فيه من صلاح الشجرة ، ودخول المشتري
معه على بصيرة .

والقول الثاني : على ربّ الشجرة أخذ ثمرته ، وللمشتري إجباره على
قطعها ليزيل عنه ضرر تركها .

فأما إن تعذّر الماء ^(٣) لفساد الآلة ^(٤) أو لفساد ^(٥) المجارى ،
أو لطم ^(٦) الآبار ، فأتيهما لحقه بتأخير السقي ضرر كان له إصلاح ما يوصله

(١) أ ، د : مضر . وهو خطأ والتصويب من ب ، ج .

(٢) أنظر : الأتم ٣٧/٣ ، والمهذب ٢٨٧/١ ، والفتح ٥٦/٩ ،
والروضة ٥٥٢/٣ ، والتكلمة ٤٠٤/١١ .

هذا ، وقد فصل السبكي في ذلك فقال ما ملخصه : أن الضرر
إن كان يسيرا أجبر المشتري على ترك الشجرة . وإن كان كثيرا
بأن كان يخاف على الأصول الجفاف ، أو نقصان حطبها في
المستقبل نقصانا كثيرا ، ففيه قولان . أصحهما : الثاني ، وهو
القول بالإجبار . ومن صححه الروياني وابن أبي عسرون ،
والنووي ، وجزم به الفوراني . ونقل الرافعي تصحيحه عن الكرخي
، وصححه في المحرر .

(٣) أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د : تعذر عنه .

(٤) ج : آله .

(٥) أثبتته من ب ، أ : أو أفسدت . ج : أو انسدت . د : " وفسدت " .

(٦) أي : تسويتها ، يقال : جاء السيل فطم الركبة أي : دفنها
وسوّاها . وكل شيء كثر حتى علا وغلّب . فقد طم . انظر : الصحاح

الى الماء / . فان كان ذلك مضرًا بالنخل وجب على المشتري النخل أن ٧٧/ب
يزيل الضرر عن نخله بسوق الماء الى نخله ، ولا يُجبر ربّ الشجرة على قطع
شمرته . وإن كان مضرًا بالشجرة لزمه ذلك أو يقطعها .^(١)
^(٢)) وإن كان مضرًا بهما جميعا لزم ذلك صاحب الشجرة لما
ذكرناه ، إلا أن يبادر الى قطع شمرته^(٢) فيسقط عنه . والله أعلم .^(٣)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله^(٤) : (وإن كانت الشجرة^(٥) مّا
^(٦) يكون فيها الشجرة ظاهرة ، ثم تخرج منها قبل أن تبلغ^(٧) الخارجة شجرة
غيرها . فان تميّز للبائع الشجرة الخارجة ، وللمشتري الشجرة^(٨) العادّة .
وإن كان لا يتميّز فيها قولان .) الفصل .^(٩)

- (١) د : أو يقطع شمرته .
(٢) ما بين القوسين ساقط من د .
(٣) أنظر : تكملة السبكي ٤٠٤/١١ .
(٤) د : رضي الله عنه .
(٥) د : الشجرة ، وهو خطأ .
(٦) م : ما تكون فيه .
(٧) أثبتته من م . وفي النسخ : قبل أن تخرج .
(٨) م : بدون " الشجرة " .
(٩) أنظر : مختصر المزني ١٦٢/٢ ، وتام الفصل : " أحدهما :
لا يجوز البيع إلا أن يسلمه البائع الشجرة كلها فيكون قد زاده . حقا
له ، أو يتركه المشتري للبائع ، فيعفوه عن حقه .
والقول الثاني : أن البيع مفسوخ وكذلك قال في هذا الكتاب
وفي الإملاء على مسائل مالك مفسوخ . وهكذا قال في بيع البازنجان
في شجره والخريز .

ذكر الشافعي رحمه الله في الأم^(١) مسألتين ، نقل المزي
إحداهما وأغفل المقدمة منهما . فكان الأولى البداية بما أغفله ، ليكون
جواب الأخرى منيًّا^(٢) عليها .
وصورتها في رجل باع ثمرة شجر ، أو بطيخ قراح^(٣) ، أو حمض
بازنجان ، فلم يأخذ المشتري من شجره ، ولا لقط البطيخ من قراحه^(٤) ،
حتى حدثت ثمرة أخرى ، فالحادثة ملك البائع لا يملكها المشتري .
فإن^(٥) كانت الحادثة تتميز عن الأولى بلون أو صغراً أو نفخ
، أخذ المشتري الثمرة المتقدمة ، وأخذ البائع الثمرة الحادثة ، وليس بينهما
نزاع .
وإن^(٦) كانت الحادثة لا تتميز عن الأولى ، فقد صار البيع
مختلطاً بغيره ، ففي البيع قولان منصوصان :
أحدهما^(٧) : أن البيع باطل ؛

- (١) انظر : الأم ٣/٣٨٠ .
(٢) ب : مني . وهو خطأ .
(٣) أ ، د : " فراخ " ب ، ج : " مراح " وكلاهما مصحفان من " قراح " وهو المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر . كما في المختار ص ٥٢٨ .
(٤) أ ، د : " فراخه " ب ، ج : " مراحه " وكلاهما خطأ والصواب ما أثبتته .
(٥) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : وإن .
(٦) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : فإن .
(٧) صححه الشيرازي في المهذب (٢٨٩/١) ونسب السبكي في تكلته (٤٦٨/١١) تصحيحه إلى القاضي أبي الطيب ، والشاشي ،

لأنَّ البيع^(١) قد اختلط بما لم يتميز عنه قبل استقرار القبض ، فأوقع ذلك جهالة في البيع^(٢) ، فأبطله . ولا يلزم المشتري أن يستحدث هبة ما لم يتناول العقد ، ليصح له العقد .

والقول الثاني^(٤) : أنَّ البيع لا يبطل ، لكن يقال للبائع : أسمح للمشتري بالثمرة الحادثة ؟ فإن سمح له بها لزم المشتري قبولها^(٥) . وإن شجَّ البائع بها ، فأقاما على الاختلاف والتنازع فيها ، فسخ الحاكم البيع بينهما .

ووجه هذا القول أنَّ امتياز البيع^(٦) من غيره من حين العقد إلى وقت القبض يمنع من طروء^(٧) الفساد عليه بعد القبض كاستهلاك وسطاحة البائع بالحادثة لا تجرى مجرى الهبة التي لا يلزم قبولها ؛ لأنَّ المقصود بها نفي الجهالة وتصحيح العقد ،

=====

وابن أبي عصرون أيضا . وحكى صاحب التقریب قولاً ثالثاً مفاده
أنَّ العقد لا ينفسخ ولا خيار . وجعل قائله الاختلاط قبل القبض
كالاختلاط بعده . واستبعده الإمام وحكى ذلك عن أبي سلمة
والعروزي .

- (١) ب : لأنَّ البيع .
(٢) ب : في البيع .
(٣) د : بقية . تصحيف .
(٤) في التكملة (٤٦٨ / ١١) نقله الربيع ، وهو اختيار الرزني . وقال
الغزالي والرافعي في المحرر : إنه لا ظهر ، وكذلك الجرجاني .
(٥) قلت : هذا هو الوجه الصحيح المشهور . وفي وجه : لا يلزمه
قبولها لما فيه من قبول المنة . انظر الفتح ١١٢ / ٩ ، والروضة
٥٦٦ / ٣ ، والتكملة ٤٦٩ / ١١ .
(٦) ب : امتياز البائع . خطأ .
(٧) في أ : " من طرق " والتصويب من سائر النسخ .

فشابهت الزيادة المتصلة كاللبن والسمن (١).

وأما المسألة الثانية - وهي مسألة الكتاب - / فصورتها فسي ١/٧٨
رجل باع أرضا ذات شجر شمر (٢)، أو باع الشجر وحده، وفيه (٣) شمر،
فحكم بالثمرة (٤) للبائع لا لجل التأخير، والشجر مع الأرض للمشتري .
فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتناول البائع ثمرته .

فإن كانت الحادثة تتميز عن الأولى بصفر، أو بليون، أو بنفخ،
كانت الأولى (٥) للبائع، والحادثة للمشتري . والباع على حاله .

وإن كانت الحادثة لا تتميز عن الأولى، نقل المزني في البيع (٦)
قولين كالمسألة الأولى .

فاختلف أصحابنا، فكان أبو علي بن خيران (٧) يمنع من تخريجها
على قولين . وينسب المزني إلى الخلط في نقله، ويقول : البيع صحيح
قولا واحدا، لأن اختلاط الحادثة بالتقدمة اختلاط في غير البيع، لأن
عقد البيع إنما تناول الأرض والشجر، وما كان عليه من الثمرة لم يدخل

(١) انظر في المسألة : الأم ٣/٣٨ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والمهذب
٢٨٨/١ ، والفتح ١٠٩/٩ ، والروضة ٥٦٤/٣ ، والتكلمة ٤٦٨/١١
ومفني المحتاج ٩٣/٢ ، والنهاية ١٥٥/٤ ، وشرح المحلى
٢٣٨/٢ .

(٢) د : ثمرة .

(٣) ج : وفيها .

(٤) ب : بالشمر .

(٥) ج : الأولى .

(٦) د : في النع .

(٧) وبه قال أبو علي الطبري في الإفصاح ، ومال إليه الشيخ أبو حامد ،

وصححه الخوارزمي في الكافي . انظر : التكلمة ٤٨٠/١١ .

في العقد ، وما حدث من الثمرة لا يوجد حال العقد ^(١) ، فلا يوقع ذلك فسادا في العقد .

وكان أبو إسحاق المروزي وطائفة ^(٢) يخرجون هذه المسألة أيضا على قولين : ^(٣)

أحدهما : أن العقد باطل لما ذكرناه .

والقول الثاني : جائز ، ويقال للمشتري : أسمع بالحادثة للبائع ؟ فان سمح بها له ^(٤) لزم البيع . وإن شح قيل للبائع : أسمع بالمتقدمة للمشتري ؟ فان سمح بها له لزم البيع ، وإن شح وتنازعا فسخ الحاكم البيع بينهما .

(١) : وقت العقد .

(٢) ونسبها القاضي أبو الطيب والشيрази إلى أكثر أصحاب الشافعي . قال هو لا : ونحن وإن لم نعلم نص الشافعي عليها فان المرني ثقة فيما نقله عنه . والمعنى أيضا يدل على ذلك . فان المعقود عليه وإن كان هو الشجر فان المقصود منها الثمرة . فاذا اختلطت الخارجة بالحادثة ، فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع . فهو كما لو اختلط المبيع بغيره .

هذا ، وقال السبكي : إنه وقف على القولين بما لا يحتمل التأويل إلا بتعسف عظيم ، فانه قال في آخر باب ثمر الحائط يباع أصله (الأم ٣/٤٠) . ثم بعد أن ساق نص الشافعي قال :

" وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي نص على القولين في الأم . ورد على ابن خيران مذهبا وحججا . "

أنظر : تكملة للمجموع ٤٨٠/١١ .

(٣) ج : القولين .

(٤) له : ساقط من د .

وما ذكره ابن خيران أصح جواباً وتعليلاً . وإن كان نقل المزني صحيحاً . والإذعان للحق^(١) أولى من نصرة^(٢) ما سواه .
وعلى ما يقتضيه مذهب ابن خيران إن تراضيا واتفقا على قدر
الحادثة من المتقدمة . وإلا فالقول قول صاحب اليد^(٣) . ولا يفسخ
البيع^(٤) ؛ لأنه لا يجعل لما حدث تأثيراً في البيع^(٥) .

- مسألة -

قال المزني^(٦) : (هكذا قال - يعني الشافعي رحمه الله -^(٧)
فيمن باع قرطاً^(٨) جزّة عند بلوغ الجزاز^(٩) ،

- (١) ج : إلى الحق .
(٢) ج : من نصر .
(٣) ولعن اليد ؟ فيه ثلاثة أوجه . أصحها : للمشتري . والثاني :
للبيع . والثالث : لهما . أنظر : الفتح ١١٥/٩ ، والروضة
٥٦٥/٣ ، والنهاية ١٥٦/٤ .
(٤) قال البغوي : والقول بعدم الانفساخ هو القياس ؛ لأنّ الفسخ
لا يفيد رفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري . وإن قلنا
بالانفساخ استردّ المشتري الثمن ، وردّ الشجرة مع جميع الثمار .
ذكره صاحب التتمة . أنظر : الفتح ١١٧/٩ ، والروضة ٥٦٦/٣ .
(٥) أنظر في هذه المسألة نفس المراجع التي تقدّمت في المسألة التي
قبلها .
(٦) في ب وقع خطأ : " قال الشافعي " .
(٧) ب : بدون رحمه الله . ج : رحمه الله .
(٨) القرط ، بكسر القاف وسكون الراء : نبات ، عشبي ، حولي ، كلثوم ،
مشهور ، يماثل البرسيم . أنظر : المعجم الوسيط ٢٣٤/٢ ،
وحاشية الجيرمي ٢٩١/٢ .
(٩) أثبتته من ب ، م . وفي سائر النسخ : " الجزّ " قال الفيومي : ==

فتركه ^(١) المشتري حتى زاد ، كان البائع بالخيار في أن يدع له الفضل الذي له بلا ثمن ، أو ينقض البيع . ^(٢)

وصورتها فيمن ابتاع قرطا جرّة ، يعني علفا بشرط الجرّ ^(٣) ، أو ما جرى مجراه من البقول التي تباع جرّا . فأخر المشتري جرّها حتى طالت . فقد حدثت زيادة غير متميزة ، فضتها المزني ^(٤) الى مسألة الشرة . فاختلف أصحابنا فيها .

فكان بعضهم ^(٥) يقول : البيع جائز قولا واحدا ^(٦) ؛ لأنّ

طول العلف زيادة لا تتميز ، مثل كبر الشرة ^(٧) . فلما كانت الشرة إذا

أخر المشتري قطعها حتى كبرت ، لم يفسد البيع وكانت الزيادة له ، لأنها

زيادة لا تتميز ^(٨) (وجب في العلف إذا / أخر جرّه حتى طال أن لا يفسد ٢٨/ب
البيع ، وتكون الزيادة له ، لأنها لا تتميز ^(٨)) .

==== جززت الصوف جرّا من باب قتل قطعته ، وهذا زمن " الجَزاز " .

و " الجَزاز " . وقال بعضهم : " الجرّ " القطع في الصوف وغيره . انظر : المصباح ص ٩٩ .

(١) أثبتته من ب ، م . وفي سائر النسخ " وأن تركه " وهو خطأ .

(٢) انظر مختصره ١٦٣/٢ .

(٣) ب : الجراز .

(٤) ج : المشتري . وهو خطأ .

(٥) ذكره الشافعية في كتبهم بدون النسب .

(٦) قولا واحدا : ساقط من ج .

(٧) وبعبارة أخرى فإن البيع ههنا لم يختلط بغيره ، وإنما زاد

في نفسه ، فصار كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر ، أو هزينا فسمن .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب .

وقال أبو إسحاق المروزي وجهاً وأصحابنا^(١) : أن في هذه
السألة قولين ، كالشجرة السبيعة إذا اختلطت بشجرة حادثة . وهذا أصح .
والفرق بين ما ذكره الفريق الأول من كبر الشجرة وطول العلف
أن كبر الشجرة لا يمتاز عن أصله ، ولا يوجد بعد قطع الشجرة . وطسول
العلف متعيز وإن كان متصلاً^(٢) ، ويحدث بعد جواز العلف ، فافتراقا .
فإذا ثبت أن السألة على قولين . أحدهما : أن البيع باطل
ويتراجعان . والقول الثاني : أن البيع لا يبطل لكن يقال للبائع : أتسمح
للمشتري بالزيادة ؟ فإن سح بهاله^(٣) لزم البيع . وإن شح بها ،
وأقاما على النزاع^(٤) فسخ الحاكم بينهما ، وتراجعا^(٥) .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله^(٦) : (كما لو باعه^(٧) حنطة ،
فانتالت^(٨) عليها حنطة أخرى^(٩) ، فله الخيار في أن يسلم له^(١٠)
الزيادة أو يفسخ ، لا اختلاط ما باع بها لم يبيع^(١١) .

- (١) مه قال ابن أبي هريرة ، والشيخ أبو حامد ، والإمام الجويني ، والرويانى
والشاشي أيضا . انظر : تكملة السبكي للمجموع ٤٨٧/١١ .
- (٢) ب : مبطلا . تصحيف .
- (٣) له : ساقط من د .
- (٤) ب : التنازع .
- (٥) أنظر في السألة : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٨٩/١ ، والفتح
١١٣/٩ ، والروضة ٢٦٥/٣ ، والتكملة ٤٨٧/١١ ، والنهاية
١٥٦/٤ ، والمغني ٩٣/٢ .
- (٦) ب ، د : رضي الله عنه .
- (٧) د : لو باع .
- (٨) انتالت : أى انصبّت ، كما في المختار ص ٨٨ .
- (٩) م : بدون " أخرى " .
- (١٠) له : أثبت من م . ولا يوجد في النسخ .
- (١١) انظر : المختصر ١٦٣/٢ .

وصورتها فيمن ابتاع طعاما ، فاختلف بطعام للبائع . فهذا

على ضربين :

أحدهما : أن يكون ذلك قبل القبض .

والثاني : بعده .

فان كان ذلك قبل القبض ، فلا يخلو حال الطعام من أحد أمرين : إما أن يكون معلوم القدر ، أو غير معلوم القدر . فان كان غير معلوم القدر ، كان كالشجرة المبيعة إذا اختلطت بشجرة حادثة ، فيكون في البيع قولان . أحدهما : باطل . والثاني : جائز . فان تراضيا واتفقا ولا فسخ البيع بينهما ^(١) .

وإن كان معلوم القدر . وذلك يكون بأحد ثلاثة أوجه : إما أن يكون كل واحد من الطعامين معلوم الكيل . وإما أن يكون البيع ^(٢) معلوم الكيل ، فيعلم بعد استيفاء كيل البيع قدر ما ليس ببيع . وإما أن يكون غير البيع معلوم الكيل ^(٣) ، فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس ببيع قدر البيع .

فاذا كان البيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه ^(٤) الثلاثة ، فقد صار مختلط العين متميز القدر . فكان تتميز القدر يمنع من

(١) انظر : المهذب ٢٨٩/١ ، والفتح ١١٢/٩ ، والروضة ٥٦٥/٣ ، والتكلمة ٤٦٩/١١ وفيها : " وحكى الروياني طريقة أن في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولاً واحداً ؛ لأن الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار ، قال : وهذا أوضح . "

(٢) ج : البيع .

(٣) ب : " وإما أن يكون البيع غير معلوم الكيل وغير البيع معلوم القدر . "

(٤) ب : هذه الأوجه .

الجهل ، وهو أقوى المقصودين منه ، فصَحَّ البيع . وكان اختلاط العين
مغيرا للصفة مع تقارب ^(١) الأجزاء ، فصار عيبا يوجب الخيار ، فوجب
أن يكون البيع جائزا ، وللمشتري الخيار .

فإن فسخ رجوع بالثمن ، وإن أقام صار شريكا للبائع فيه على قدر ^(٢)

الحصتين . فإن كان الطعامان متعائلي القيمة تقاسما كيلا . وإن كانا

مختلفي القيمة بيع ، وكانا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين ، إلا أن

يتراضيا / بقسمة ذلك كيلا على الحصص دون القيم فيجوز ^(٣) . ١/٢٩

- فصل -

وأما الضرب الثاني ، وهو أن يكون اختلاط الطعام بعد قبضه ،

فالببيع ماض لا يفسد ، لانبرامه بالقبض ^(٤) .

فإن قيل : ما الفرق بين الطعام إذا اختلط بعد قبضه ، فلم

يبطل البيع فيه . وبين الثمرة إذا اختلطت بعد القبض في شجرها يبطل

البيع فيها على أحد القولين ؟

قيل : الفرق بينهما أن قبض الطعام قد استقر فانبرمت ^(٥) علق

العقد . وقبض الثمرة على نخلها وفي شجرها غير مستقر ، وعلق العقد فيه

لم تنبرم ^(٦) .

(١) هكذا في كل النسخ . وفي التكملة : مع تفاوت .

(٢) د : بقدر .

(٣) انظر : التكملة ٤٧٤/١١ ذكره نقلا عن الحاوي .

(٤) انظر : الفتح ١١٣/٩ ، والتكملة ٤٧٠/١١ وفيها : " وكان القول

قول من الشيء " في يده في قدر ما لصاحبه . قال أبو اسحاق :

وصورته : أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلف .

(٥) ب : " وانبرمت " يقال : أبرمت العقد إبراما : أحكمته ، فانبرم .

انظر : المصباح ص ٤٥ .

(٦) ب ، د : لم ينبرم .

ألا ترى ! أنها لو عطشت على نخلها وشجرها بعد قبضها ،
وأضرّ ذلك بها ، كان ذلك ^(١) عيباً يستحقّ به المشتري خيار الفسخ .
ولو كان القبض مستقراً ، والعقد منبرماً ، ما استحقّ به ^(٢) الفسخ ،
كما لا يستحقّه في الطعام بعد القبض .

فإذا ثبت أنّ البيع صحيح نظر ، فإن كان قدر الطعام معلوماً
بأحد الأوجه التي قد مضت تقاسمها على ما ذكرناه . وإن كان قدر الطعام
مجهولاً ، فإن تراضيا بشي* اتفقا عليه جاز ، واقتسامها على ذلك .

وإن تنازعا واختلفا نظر ، فإن كانت صبرة المشتري قد انشالت
على صبرة البائع ، فالقول قول البائع في قدر ماله ما للمشتري مع يمينه ؛
لأنّ اليد له . وإن كانت صبرة البائع قد انشالت على صبرة المشتري
، فالقول قول المشتري في قدر ماله ما للبائع مع يمينه ؛ لأنّ اليد له .

وقال المزني ^(٣) : القول قول البائع ؛ لأنّ يده قد كانت على

الطعامين معا ، وكان أعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد .

وهذا خطأ ؛ لأنّ ما وجب اعتبار اليد فيه ، كانت اليد الثابتة ^(٤)

أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة ، كسائر الحقوق . والله أعلم . ^(٥)

(١) ذلك : ساقط من د .

(٢) به : ساقط من ج .

(٣) انظر : مختصره ١٦٤/٢ .

(٤) في أ : الثانية . وهو خطأ . والتصويب من مائر النسخ .

(٥) انظر : تكملة السبكي ٢٥٠/١١ وقد نقل الفصل بكامله عن

الماوردي ثم قال مؤيد الكلامه على كلام المزني : " قلت :
والصواب ما قاله الماوردي ، وقد قاله غيره . وليس من لازم التصوير
الذي أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع ، فقد تكون صبرته في
يد غيره ."

- مسألة -

(١) قال الشافعي رحمه الله : (وكل أرض بيعت فللمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل . فالأصل (٢) : ماله ثمرة بعد ثمرة من كل شجر (٣) وزرع شمر .) (٤)

وجملة ذلك أنّ من ابتاع أرضاً ذات بناء وشجر ، لم يخل حال ابتياعه من ثلاثة أحوال : إما أن يشترط دخول البناء والشجر في البيع لفظاً ، فيدخل . وإما أن يشترط خروجه لفظاً ، فيخرج . وإما أن يطلق العقد فيقول (٥) : " ابتعت " (٦) منك هذه الأرض " فنص الشافعي في البيع (٧) : أنّ ما في الأرض من بناء وشجر يدخل في البيع . ونص في الرهن (٨) : أنّ ما في الأرض من بناء وشجر لا يدخل في الرهن .

- (١) ب ، د : " رضي الله عنه " .
 (٢) م : والأصل .
 (٣) م : شجر شمر .
 (٤) انظر : مختصر العزني ١٦٥/٢ .
 (٥) أثبتته سنج . وفي سائر النسخ : يقول .
 (٦) ب : " ابتعت " وهو تصحيف .
 (٧) تقدّم نصّه في المختصر . ونصّ عليه في الآم (٣٩/٣) أيضاً فقال : " وكل أرض بيعت بحدودها ، فلمشتريها جميع ما فيها من الأصل ، والأصل : ما وصفت ماله ثمرة بعد ثمرة من كل شجر وزرع ثمرة ، وكل ما يثبت من الشجر والبنيان ، وما كات مّا يخف من البنيان مثل البناء بالخشب ، فانما هذا مميّز كالنبات والجريد ، فهو لبائعته إلّا أن يدخله المشتري في صفقة البيع فيكون له بالشراء " اهـ .

- (٨) وقد نصّ عليه في الآم (١٣٤/٣) فقال : " إذا رهن الرجل الرجل أرضه ، ولم يقل ببنائها ، فالأرض رهن دون البناء ، وكذلك إن رهنه أرضه ولم يقل بشجرها فكان فيها شجر مبدّد أو غير مبدّد ، فالأرض رهن دون الشجر " اهـ .

فاقتضى لاختلاف نصّه في الموضعين أن يختلف^(١) أصحابنا في المسألتين^(٢) على ثلاث طرق^(٣) :

إحداها^(٤) : وهي طريقة / أبي الطيّب بن سلّة ، وأبي حفص ٢٩/ب ابن الوكيل^(٥) أن نقلوا جوابه في البيع الى الرهن ، وجوابه في الرهن الى البيع . وخرّجوا المسألتين على قولين ، لاختلاف نصّه في الموضعين : أحدهما : أن البناء والشجر لا يدخل في البيع ولا في الرهن جميعا ، كما لا تدخل الشجرة المؤبّرة في البيع ولا في الرهن .

- (١) ب ، د : " أن اختلاف " وهو خطأ .
 - (٢) أ ، د : " في المسألة " والمثبت من ب ، ج .
 - (٣) الطرق : هي اختلاف الأصحاب في حكاية المذهب ، مثلا يقول البعض : في المسألة قولان أو وجهان ، ويقول الآخر : قول واحد ، أو وجه واحد . أو يقول بعضهم : في المسألة تفصيل ويقول الآخر : فيها خلاف مطلق وربما استعمل بعض المصنفين الطريقتين موضع الوجهين وعكسه . انظر : دفع الخيالات للشيخ شهاب الدين أحمد بك الحسيني ص ٨ .
 - (٤) ب : إحداهن .
 - (٥) هو أبو حفص عمر بن عبد الله المعروف بابن الوكيل ، ويعرف أيضا بالباب الشامي ، منسوب إلى باب الشام ، وهي إحدى المحال الشهيرة بالجانب الغربي من بغداد .
- كان فقيها جليلا من نظراء ابن سريج ، ومن كبار المحدثين والرواة ، وأعيان النقلة . تفقه على الأنماطي . وتوفي ببغداد بعد ٣١٠ هـ انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص ١١٠ ، والسبكي ٣١٤/٢ ، وتهذيب الاسماء ٢١٥/٢ ، وطبقات العبادي ص ٧١ ، والحسيني ص ٥٨ .

والقول الثاني : أنَّ البناء والشجر يدخل في البيع والرهن جميعا .
بخلاف الشجرة المؤبّرة ، لأنَّ الشجرة تستبقى مدّة صلاحها ، ثم تزال عسّن
نخلها وشجرها ، فصارت كالشيء المتميّز ، فلم تدخل إلّا بالشرط . والبناء
والشجر يراد للتأبيد ، ويجرى مجرى أجزاء الأرض ، فصار داخلا في العقد .
والطريقة الثانية : وهي طريقة أبي العباس ^(١) ، وهو أنه ^(٢) حمل

اختلاف نصّه في الموضعين على اختلاف حالين . فجعل ما نصّ عليه
من دخول ذلك في البيع محمولا على أنه قال : " بعتك الأرض بحقوقها "
فدخل ^(٣) في البيع البناء والشجر ، لأنّه من حقوق الأرض . ولو قال مثله
في الرهن لدخل . وجعل ما نصّ عليه من خروج ذلك من الرهن محمولا
على أنه قال : " رهنّك الأرض " ولم يقل : " بحقوقها " فلم يدخل في
الرهن ^(٤) البناء والشجر ، لأنّه أطلق . ولو فعل مثله في البيع لم يدخل ،
ولا فرق بين البيع والرهن .

والطريقة الثالثة : ^(٥) وهي طريقة أبي إسحاق المروزي ، وأبى علي
ابن أبي هريرة ، وجسهور أصحابنا ، أن حلّوا جوابه في كل واحد من الموضعين
على ظاهره ، وجعلوا البناء والشجر داخلا في البيع بغير شرط ، ولم يجعلوه
داخلا في الرهن إلّا بشرط . وفرّقوا بين البيع والرهن بفرقين :

(١) واختارها الإمامان الجويني والغزالي : الروضة ٥٣٧/٣ ، ورّجّحها

السبكي في تكمّله ٢٥٩/١١ .

(٢) أنه : لا يوجد في د .

(٣) ب : يدخل .

(٤) الرهن : ساقط من د .

(٥) وهذه الطريقة هي أصحّ الطرق الثلاثة لدى الشافعية . أنظر :

المهذّب ٢٨٥/١ ، والفتح ١٨/٩ ، والروضة ٥٣٦/٣ ، والمغني

٨٠/٢ ، وشرح المحلى ٢٢٥/٢ .

أحدهما : أنَّ عقد البيع يزيل الملك ، فجاز أن يكون ما اتصل
بالبيع تبعاً له لقوّته ، وعقد الرهن يضعف عن إزالة الملك ، فلم يتبعه
ماله بمسّم (١) لضعفه .

والثاني : أنه لما كان ما حدث في البيع (٢) للمشتري ، جاز
أن يكون ما اتصل به من قبل للمشتري . ولما كان ما حدث في الرهن (٣)
لا يدخل في الرهن ، اقتضى أن يكون ما تقدّم الرهن أولى أن لا يدخل
في الرهن . (٤)

- فصل -

واذا ثبت على الصحيح من المذهب أنَّ البناء والشجر يدخل في
البيع . فكذا كل ما كان في الأرض متصلاً بها من مَسَنَاتِهَا (٥) ، سواء
كانت (٦) آجراً ، أو حجارة ، أو تراباً . وكذا تلال التراب التي تسمى
بالبصرة جبالاً ، وجوخانها (٧)

- (١) ب ، ج : ماله بمسّم .
(٢) ب : " البيع " وهو تصحيف .
(٣) من ب . وفي باقي النسخ : من الرهن .
(٤) ذكر السبكي في تكملة (١٦١ / ١١) طريقة رابعة في المسألة ،
وهي أنَّ البناء والفراس يدخلان في البيع قولاً واحداً ، وفي
دخولهما في الرهن قولان .
(٥) المَسَنَاتُ : حائط يُبنى في وجه الماء ، ويسمى السدّ والعَرَم أيضاً .
انظر : المختار ص ٣١٨ ، والمصباح ص ٢٩٢ .
(٦) أ ، د : " كان " والتصويب من ب ، ج .
(٧) الجَوَّخَانُ : بيدر القمح وغيره . وجمعها " جواخين " وهو فارسي
معرب ، وتسمى بالعربية الجرين ، والمسطح . انظر : اللسان
٠١٣ / ٣

وببدرها (١)، وقصرها (٢)، والحائط الذي يحوطها (٣)، وسواقيها (٤)
التي تشرب (٥) الأرض منها، وأنهارها التي فيها، وعين الماء إن كانت
فيها، فانه يملكها (٦) /
أ/ ٨٠
واختلف أصحابنا أنه (٧) هل يملك الماء الذي فيها ؟ :
فقال أبو اسحاق (٨) : لا يملكه، وإنما يصير الماء مملوكا

- (١) البَيْدَرُ : الموضع الذي تدام فيه الحبوب . كما في المختار ص ٤٣
والمصباح ص ٣٨ .
- (٢) ب : * وقدرها * وهو تصحيف .
- (٣) أ ، ب ، ج * يحظرها * والثبت من ب .
- (٤) سواقي جمع ساقية ، وهي القناة الصغيرة ، كما في المصباح ص ٢٨١ .
- (٥) ب : * تسرت * وهو خطأ .
- (٦) انظر : الفتح ٣٤/٩ ، والروضة ٥٤٤/٣ وجزما بعدم دخول
مسائل الماء في بيع الأرض إلا أن يشترط ، أو يقول : " بحقوقها " .
وكذلك القناة والنهر .
- هذا ، وحطه السبكي في تكملة (٢٦٣/١١) على المسائل الخارجة
التي يصل منها الماء الى الأرض البيعة ، وكذلك القناة والنهر .
وأما الداخلة فيها فانه لا شك في دخول أرضها في البيع . وأما
بناؤها فهو يدخل في البيع أيضا على المذهب .
- (٧) أنه : لا يوجد في ب ، د .
- (٨) وهو اختيار أبي حامد . واستدل له القاضي أبو الطيب فقال : لأنه
يجرى تحت الأرض ويجيب * الى ملكه ، فهو بمنزلة الماء الذي يجري
في النهر الى ملكه ، فانه لا يملك بذلك .
- قال السبكي : ومحل الوجهين إذا كان البئر مملوكا . أما اذا قصد
بحفرها الاستقاء ، ولم يقصد التملك فالماء المجتمع فيها لا يكون
ملكا بالاتفاق . التكملة ٢٨٢/١١ .

بالأحارة^(١) ولو كان ملوكا ما جاز للمستأجر استعماله ، ولو جب على المشتري إذا رآه بالعيب غرمه .

قال : وإنما يكون أولى بالمال ، لما يستحقه من التصرف في ملكه ، وأن له منع^(٢) الغير من دخول ملكه . فلو دخل إنسان فأحاز^(٣) من ماله صار ماله له ، وإن تعدى بالدخول .

وقال أبو علي بن أبي هريرة^(٤) : قد ملك المال الذي ينبع من أرضه من عين أو بشر ، لأنه يحدث عن ملكه ، وأنه يجوز تملكه ، فصار كالمال^(٥) الذي أحازه في إنا . ولو أحاز منه إنسان شيئا لم يملكه ، واستحق انتزاعه من يده .

وأنما جاز للمستأجر استعماله ، لأنه كالمأذون له بالعرف . ولم يجب على المشتري غرمه ، لأن حكمه موضوع على التوسعة^(٦) .

- فصل -

فلو كان في الأرض التي ابتاعها معدن كان داخلا في البيع ، ظاهرا كان أو باطنا . وأما ما في المعدن فعلى ضربين :
أحدهما : أن يكون جامدا ، كالفضة ، والذهب ، والحديد والرصاص .

- (١) بهـ : " بالإجارة " وكلاهما خطأ والصواب " بالحجارة " .
- (٢) د : وله أن يمنع .
- (٣) هكذا في النسخ " فأحاز " ولكن الصواب لغويا " فعاز " .
- (٤) قال الشيرازي في التنبيه (ص ٨٨) : إنه المذهب . وقال في المهذب (٢٨٥/١) : إنه المنصوص في القديم وفي كتاب حرمة
- (٥) ب : في حكم المال . (*) شيئا : أثبتته من ب ج . وليس في أ د .
- (٦) في ب زيادة : والله أعلم .

والضرب الثاني : أن يكون ذاتيا جاريا ، كالنفط ، والزفت ، والقار .

فإن كان جامدا ، كالفضة والحديد ، كان ملكا لمالكها . وإن كان ذاتيا ، كالنفط والزفت والقار ، فعلى قول أبي إسحاق يكون كالما* لا يملك إلا بالاحازة . ولو خرج عن (١) أرضه لم يكن له منع الناس منه . وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة يكون مملوكا في الأرض لا يجوز لأحد أن يأخذ منه . ولو خرج عن الأرض كان لمالكها منع الناس منه . (٢)

- فصل -

فأما ما تولد في أنهار الأرض وعيونها من السمك فلا يملك على المذهبين معا إلا بالاحازة ، كما لا يملك ما فرخ (٣) من الصيد في أرضه إلا بأخذه . وإنما له منع الناس من ذلك ، لما فيه من دخول أرضه والتصرف في ملكه . فإن أخذوه فقد ملكوه دونه . (٤)

(١) ج : من .

(٢) انظر : المهذب ٢٨٥/١ ، والفتح ٣٤/٩ ، والروضة ٥٤٥/٣ ، والتكملة ٢٩٠/١١ وفيها : إنَّ المسألة ذكرها المصنف - أي الشيرازي - والشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب ، والمعالسي والرافعي وغيرهم كلهم ذكروها مثل ما ذكرها الماوردي . وجزم الغزالي في الوسيط بعدم الدخول هنا ، مع حكاية الخلاف في الما* .

والمغني ٨٥/٢ وفيه : " ويدخل في بيعها المعادن الباطنة كالذهب والفضة لا الظاهرة كالطح والنورة والكبريت " .

(٣) فرخ الطائر بالتشديد ، وأفرخ : صار ذافرخ . كما في المصباح ص ٤٦٦ .

(٤) ذكر السبكي الفصل بكامله نقلا عن الماوردي . انظر : تكملة ٢٨٩/١١ .

- فصل -

ولو كان في الأرض دولا ب (١) للما ، ففيه وجهان : (٢)

أحدهما : يدخل في البيع لاتصاله بها وأن فيه كمال منافعها ،
فجرى مجرى أبواب الدار التي تدخل معها في البيع وإن لم تكن من
جنسها ، وإنما تدخل في البيع لاتصالها بها وأن فيها كمال منافعها .
والوجه الثاني : لا يدخل في البيع ، كما لا يدخل فيه خشبة
الزربوق (٣) وإن أثبتت (٤) ، ولا بقرة الدولا ب وإن سقت (٥) .

وكان بعض أصحابنا / يفضل فيقول : إن كان الدولا ب صغيرا
يمكن نقله صحيحا على حاله من غير مشقة لم يدخل في البيع كالزربوق (٦) .
وان كان كبيرا لا يمكن نقله صحيحا إلا بالتفصيل والمشقة الغالبة (٧) دخل
في البيع ، لأنه نصب للاستدامة والبقاء ، فجرى مجرى الشجر والبناء .

- (١) الدولا ب : واحد الدواليب ، وهو المنجنون التي تديرها الدابة ،
على شكل الناعورة يستقى به الماء ، وهو فارسي معرب ، وقيل :
عربي بفتح الدال وضمها ، والفتح أفصح . انظر : الصحاح
١٢٥/١ ، والمصباح ص ١٩٨ .
- (٢) ذكرهما السبكي في تكملة (١٦٤/١١) نقلا عن الماوردي ،
ونسب الوجه الثاني الى أبي حنيفة أيضا .
- (٣) ب : " الدرهموف " وفي التكملة : " الزرقوق " ولم أجد أيا من
هذه الكلمات في معاجم اللغة .
- (٤) أ ، ب ، د : " بيعت " ج : سقت " وكلاهما تصحيف والصواب
ما أثبتته ، والمعنى : أن ذلك لا يدخل في البيع ، لأنه منقول
وانما أثبت لسهولة الارتفاق به ، كي لا يتزعزع عند الاستعمال .
- (٥) د : وإن بيعت .
- (٦) الزربوق : أثبتته من ب ، ولا يوجد في سائر النسخ .
- (٧) أ : " والمشقة " والتصويب من د . وفي ب ، ج : " أمبشقة
غالبية " .

- فصل -

فأما إن كان في الأرض رحي (١) للماء دخل في البيع بيت الرحي
وناء . . وأما حجارة الرحي ، ففيها ثلاثة أوجه : (٢)
أحدها : أنها (٣) تدخل (٤) في البيع علوا وسفلا ، لأنها
من تمام النافع .

والثاني : لا تدخل (٤) فيه (٥) علوا وسفلا لامتيازها .
والثالث : يدخل فيه السفلى لاتصالها (٦) ، ولا يدخل فيه
العلو لانفصاله . وأما دواب الرحي الذي يديره الماء فيدير الرحي ،
فهو تتبع للرحي يدخل في البيع بدخوله ، ويخرج منه بخروجه . وإحاطه
بالسفل أولى من إحاطه بالعلو (٧) .

- (١) الرحي : الطاحون ، والجمع : أرَح . وأرجاء . كما في
المصباح ص ٢٢٣ .
- (٢) أصحها عند أكثر الأصحاب هو الوجه الأول ، وهو جزم إمام الحرمين
راجع : المهذب ٢٨٥/١ ، والفتح ٣٢/٩ ، والروضة ٥٤٤/٣ ،
والتكلمة ٢٦٥/١١ وذكر وجهارابعا قاله الصيرى ، وهو أنه
إن كان مبنيا أو في حكم البناء دخل ، وإن كان بخلاف ذلك لم
يدخل ، والمغنى ٨٤/٢ ، والنهاية ١٣٢/٤ ، وشرح المحلى
٢٢٨/٢ .
- (٣) في النسخ : " أنه " وهو خطأ .
- (٤) أثبتته من ج . وفي أ ، د : " يدخل " بالتحانية في الموضعين ،
وهو خطأ . وفي ب غير منقوط .
- (٥) ب : " عليه " وهو خطأ .
- (٦) ب ، ج : السفلى لاتصاله .
- (٧) ذكر السبكي الفصل بكامله في تكلمته ٢٦٥/١١ نقلا عن الماوردي .

- فصل -

فأما ما كان في الأرض من شجر مقطوع ، وبناء مقلوع ، ووطف مخزون ،
وشر ملقوط ، وتراب منقول ، وسماد ^(١) محمول ، فكل ذلك ^(٢) للبائع
لا يدخل في البيع إلا بالشرط ، أو يكون التراب أو السماد قد بسط فسي
الأرض واستعمل ^(٣) .

- فصل -

فأما إذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض لذكر الأرض ، فبإرض
الأرض الذي بين البناء والشجر لا يدخل في البيع لا يختلف ^(٤) .
والفرق بين أن تباع الأرض ، فيتبعها البناء والشجر . وبين أن
يباع البناء والشجر ، فلا تتبعه ^(٥) الأرض ، أن الأرض أصل البناء والشجر
فرع . فإذا بيعت الأرض جاز أن يتبعها فرعها . وإن بيع البناء والشجر
لم تتبعه الأرض التي هي أصل .
فأما ما كان من الأرض ^(٦) قرارا ^(٧) للبناء والشجر ، ففي دخوله

-
- (١) السماد : بالفتح ، سرجين ورماد ، كما في المختار ص ٣١٢ .
(٢) قلت : وكذا حكم كل المنقولات التي لا تتصل بالأرض اتصال دوام .
انظر الفتح ٣٢/٩ ، والروضة ٥٤٤/٣ .
(٣) انظر : التكملة ٢٦٤/١١ .
(٤) قال السبكي في تكملة ١٦١/١١ : " لا يدخل في البيع على
الشهور . وقال الإمام - أي الجويني - : إن كان ما بين المغارس
لا يتأثر أفرادها بالانتفاع إلا على سبيل التبعية للأشجار ،
فوجهان . " .
(٥) ب ، ج : " فلا تتبعها " وهو خطأ .
(٦) ب : في الأرض .
(٧) ج : قرار .

في البيع تبعاً للبناء والشجر وجهان : (١)

أحدهما : لا يدخل ، لما ذكرناه .

والثاني : يدخل في البيع ؛ لأنه لا قوام للبناء والشجر إلا به ،

فخالف بياض الأرض الذي يستغنى عنه .

- فصل -

فأما إذا قال : " قد بعثك هذا البستان " فالبيع متوجه إلى

الأرض ، ويدخل في البيع الشجر والغراس (٢) والنخل ، وكل ما له من

النبات أصل ، لا يختلف فيه المذهب . بخلاف قوله : " بعثك هذه

الأرض " ؛ لأن اسم البستان (٣) لا ينطلق على الأرض البيضاء حتى تكون

ذات نخل وشجر .

فلو كان في البستان بناء كان كقوله " بعثك هذه الأرض " على

ما ذكرنا من اختلاف المذهب (٤) ؛ لأن البستان قد يخلو من البناء فينطلق

عليه الاسم . ولا يخلو من البناء والشجر / فينطلق عليه الاسم . أ/٨١

(١) وقيل : قولان . أحدهما عدم الدخول . انظر : الوجيز ١/١٤٩ ،

والفتح ٣٩/٩ ، والروضة ٥٤٧/٣ . والتكملة ٢٦١/١١ ، وقد

نسب القول الثاني إلى أبي حنيفة أيضاً .

(٢) الغراس : بالكسر بمعنى المفروس . يقال : غرست الشجرة غرساً

من باب ضرب ، فالشجر مفروس ، ويطلق عليه أيضاً " غرس " و " غراس "

انظر : المصباح ص ٤٤٥ .

(٣) ج : " اسم البنيان " وهو تصحيف .

(٤) وصح النووي في المنهاج (٨٤/٢ مطبوع مع المغني) أن

البناء يدخل في بيع البستان على المذهب . وقال الفيزائي في

الوجيز ١/١٤٩ : أن البستان لا يتناول البناء على الأظهر .

(١)

ولو قال : "بعتك هذه القرية" دخل في البيع سواد القرية كله، من البناء، والمساكن، والدكاكين، والحمامات، وما في خلال المساكن من النخل والشجر. ولا يدخل في البيع مزارعها، ولا أرضوها، ولا بساكنها وإنما يدخل من الأرض ما اختلط به بنيانها^(٢)، وساكنتها^(٣)، وما كان من أفنية^(٤) المساكن وحقوقها، ودون غيره^(٥).

- فصل -

وأما إذا باعه داراً وقال : "قد بعتك هذه الدار" وأطلق، فقد دخل في البيع ما اشتطت الدار^(٦) عليه من بناء وسقف^(٧)، وسفل وعلو،

(١) سواد القرية : هو ما حولها من البقع سقى لخضرتها .

انظر : تاج العروس ٣٨٥/٢ .

(٢) ب : " ما أحاط به بنيانها " ج : " ما اختلط ببنيانها "

د : ما اختلط ببناشها .

(٣) د : " ساكنها " وهو خطأ .

(٤) الأفنية : جمع فناء على وزن كتاب ، بمعنى الصيد ، وهو سعة

أمام البيت . وقيل : ما امتد من جوانبه . أنظر : المصباح ص ٤٨٢ .

(٥) انظر : الوجيز ١٤٨/١ ، والفتح ٣١/٩ ، والروضة ٥٤٣/٣ .

وفيها : " وفي الأشجار وسطها - أي وسط القرية - الخلاف ،

والصحيح دخولها . وفي المزارع ثلاثة أوجه .

والصحيح الذي عليه الجمهور : لا تدخل ، سواء قال : " بحقوقها "

أم لا ، بل لا تدخل إلا بالنقص على المزارع .

والثاني - قاله إمام الحرمين - : تدخل .

والثالث - قاله ابن كج - : إن قال : (" بحقوقها " دخلت ،

والآ فلا " .

وراجع أيضاً : التكملة ٢٦٥/١١ ، والنهاية ١٢٩/٤ ، والمغني

٨٤/٢ ، وشرح المحلى ٢٢٨/٢ .

(٦) الدار : أثبتتها من ب ، ج وهي لا توجد في أ ، د .

(٧) ج : وسقف .

وكل ما كان متصلاً ببنائها على التابيد ، داخلاً أو خارجاً . من الأبواب
النصوبة ، والأجنحة (١) ، والميازيب . (٢)
وقال أبو حنيفة (٣) : يدخل في البيع من ذلك ما كان داخلاً .
ولا يدخل فيه ما كان خارجاً . ولا تجله احتراز الشرطيون في كتب الوثائق ،
فقالوا : وكل حق هولها داخل فيها وخارج عنها .
وهذا مذهب ظهر فساد به إجماع السكاكة على خلافه ، وأن
التعليل بالاتصال يوجب التسوية في الأمرين .

-
- (١) الأجنحة : جمع الجناح بمعنى الجانب ، كما في المعجم
الوسيط ١٤٠/١ .
- (٢) انظر : الإقناع للماوردي ص ٩٣ ، والمهذب ٢٨٥/١ ، والفتح
٣٢/٩ ، والروضة ٥٤٣/٣ ، والتكلمة ٢٦٨/١١ ، والحلية ٢١/أ ،
والنهاية ١٣٠/٤ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٨ ، والميزان للشعراني
٥٥/٢ (ذكر الأخيران اتفاق أهل العلم على ذلك) .
- (٣) هكذا نسب إليه السبكي في التكلمة ٢٨٠/١١ ، ومحمد بن عبد
الرحمن الدمشقي في رحمة الأئمة ص ١٣٨ ولكن مذهب أبي حنيفة
الموجود في كتب أصحابه هو مثل مذهب الشافعي والجمهور فقد
جاء في البدائع ٢٠٥٧/٦ : " فإن كان داراً يدخل في بيعها
جميع ما كان منها من بيت ، ومنزل ، وطووسفل ، وجميع ما تجمع
الحدود الأربعة من غير ذكر قرينة " .
وجاء في فتح القدير ٢٨٠/٦ ، الأصل أن كل ما كان في الدار من
البناء أو متصلاً بالبناء تبع لها .
راجع أيضاً : تبين الحقائق ٩/٤ ، والبحر الرائق ٣١٧/٥ ،
ودرر الحكام ١٤٩/٢ ، والفتاوى الهندية ٢٩/٣ ، والدر المختار
مع حاشيته ٥٤٧/٤ .

وأما ما كان منفصلا عنها من آلة ، وقماش ^(١) ، ودلو ، ومكرة ^(٢) وحباب ^(٣) ، وأسرة ، فكله خارج من البيع .
 وقال زفر ^(٤) : كل ما كان في الدار ^(٥) من آلة وقماش لا يستغنى عنه . فجميعه داخل في البيع . ولا جله احتراز الشرطيّون في كتبهم ، وقالوا : وكل حق هولها .
 وهذا أظهر فسادا من مذهب أبي حنيفة . ولو جاز دخول هذا في البيع ، لجاز دخول ما في الدار من عبيد وإماء وماشية وطعام . وما أحد قال هذا تعليلا بالانفصال .
 وكذا كل ما كان منفصلا . وكذا كل ^(٦) ما فضل ^(٧) من آلة البناء من آجر وخشب فلم يستعمل ، أو كانت أبوابا ولم تنصب ^(٨) فكل ذلك

-
- (١) القش : جمع الشيء من هنا وهنا ، صابه ضرب ، وذلك الشيء قماش ، وقماش البيت أيضا : متاعه . انظر : المختار ص ٥٥ .
 (٢) البكرة : الآلة التي يستقى عليها الماء ، وهي خشبة مستديرة في وسطها محور للحبل ، وفي جوفها محور تدور عليه ، وهي في قول البعض من حديد . وتفتح الكاف فتجمع على " بكر " وتسكن فتجمع على " بكرات " انظر : المخصص ١٦٨/٩/٢ ، والمصباح ٥٥٦/٢ ، والمصباح ص ٥٩ .
 (٣) الحباب : جمع الحَب : وهو الخابية ، فارسي معرب ، كما في الصحاح ١٠٥/١ .
 (٤) لم أشر على قوله في كتب المذهب الحنفي ولكن نسب اليه السبكي في التكملة ٢٨٠/١١ ، ومحمد بن عبد الرحمن الدمشقي في رحمة الأئمة ص ١٣٨ .
 (٥) من ب . وفي باقي النسخ : من الدار .
 (٦) كل : ليس في ب .
 (٧) من ج . د . وفي أ ، ب : " فصل " ويأباه السياق .
 (٨) ج : " فلم تنصب " د : " لم تنصب " .

خارج من البيع لانفصاله. (١)

فأما السُّلَمُ ودرج الخشب ، فإن كانت مثبتة الطرفين كان جميع ذلك داخلا في البيع (٢) ؛ لاتصاله بالبنيان . وإن كانت منفصلة ترفع وتوضع لم تدخل في البيع ؛ لانفصالها عن البنيان .

وكذا الرفوف ، إن (٣) كانت جنبية أو مسترة دخلت في البيع .

وإن كانت منفصلة لم تدخل في البيع .

وهكذا الاغلاق (٤) والاَقْطال ، ما كان منها منفصلا لم يدخل في (٥)

البيع . وما كان منها متصلا دخل في البيع . وفي دخول مفتاحه وجهان .

وهكذا كل ما كان منفصلا لا يمكن الانتفاع به إلا مع متصل

بالدار ، ففيه وجهان :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق الروزي - : يدخل في البيع ؛ / ٨١ ب

لأنه تبع لمتصل .

والثاني - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - : لا يدخل في

البيع ؛ لأنه في نفسه منفصل .

وكذا إذا كان المبيع دكانا عليه دَرَابَات (٦) يخلق بها ، يريد

(١) قلت : وهكذا جزم الرافعي وجماعة أيضا بأن البكرة كالدلو

لا يدخل في البيع . ولم يحكوا فيها خلافا . وحكى القاضي

حسين فيها وجهين . قال السبكي : وليس ببيعيد ، فإن البكرة

كالمُتَّصِل ، وليست كالدلو . أنظر : التكملة ١١ / ١٧١ .

(٢) ب : دخل جميع ذلك في البيع .

(٣) ج : فإن .

(٤) الاغلاق : جمع غَلَقَ بفتحتين بمعنى القفل ، كما في المختار ص ٤٧٩ .

(٥) أصحهما عند الرافعي وغيره ، ويحكى عن صاحب التلخيص أيضا هو

أنه يدخل . انظر : الفتح ٩ / ٣٢ ، والروضة ٣ / ٥٤٤ ، والتكملة ١١ / ٢٧١ .

(٦) في د : " دراريب " وكذا في حاشية الشرواني ٤ / ٤٤٩ .

بها (١) ألواح (٢) الدكان (٣) . فما كان منها متصلاً بالحائط من
الجنبتين (٤) يدخل في البيع لاتصاله . وفي دخول الألواح المنفصلة
وجهان (٥) .
وكذا التنور السني داخل في البيع ، وفي دخول رأسه وجهان (٦) .
وهكذا السفينة (٧) يدخل في البيع من آلتها ما كان متصلاً . وفي
دخول ما لا يستغنى عنه من آلتها المنفصلة وجهان (٨) .
فأما الحباب المدفونة ، فإن كان دفنها للانتفاع بها على التأبيد ،
كحباب الزياتين (٩) ، والبرازين ، والدهانين دخلت في البيع (١٠) .

-
- (١) أ ، ب ، د : " به " والتصويب من ج .
(٢) أ : " ألواح " وهو خطأ والتصويب من سائر النسخ .
(٣) د : الدكاكين .
(٤) الجنبه : بفتح النون واسكانها بمعنى الجانب ، كما في الصحاح
٠١٠١/١
(٥) أصحهما : الدخول ، قال الرافعي : وهو الذي يقتضيه العرف ،
وقيل : تدخل وجهها واحداً حكاه الروياني ، وهو المذكور في التتمة .
انظر : الفتح ٣٢/٩ ، والروضة ٥٤٤/٣ ، والتكملة ٢٧٢/١١ .
(٦) يقصد برأس التنور غطاءً ، المنفصل الذي يغطى به . وهـ
يدخل في بيع الدار ؟ فيه وجهان . أصحهما : أنه يدخل .
انظر : المغني ٨٥/٢ ، والتحفة ٤٤٩/٤ . وقلوبه ٢٢٩/٢ .
(٧) ج : " السقيفة " وهو تصحيف .
(٨) أصحهما : الدخول . انظر : المراجع السابقة .
(٩) ب : " كحباب الدنانير " وهو تصحيف .
(١٠) هذا هو الوجه الصحيح والمشهور الذي جزم به الشيرازي وغيره
- كالماوردي - مستدلين بأنها متصلة بالأرض وثابتة فيها . وفي
وجه آخر : هي لا تدخل ؛ لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق
بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال انظر الفتح ٣٣/٩ ،
والروضة ٥٤٤/٣ ، والمغني ٨٤/٢ ، والتكملة ٢٧٠/١١ .

وإن كان دفنها استيداها لها في الأرض لم تدخل في البيع . كما يدخل في البيع من حجارة الأرض ما كان مبنياً ، ولا يدخل فيه ما كان مستودعا .
فأما إن اتصل بالدار حجرة ^(١) ، أو ساحة ، أو رحبة لم تدخل في البيع ، لخروج ذلك عن حدود الدار التي لا تعتاز ^(٢) الدار عن غيرها إلا بها ، ولا يصح العقد إلا بذكرها . وهي أربعة حدود في الغالب .
فإن استوفى ذكرها صح البيع . وإن ذكر منها حداً أو حدّين لم يصح البيع . وإن ذكر ثلاثة حدود وأغفل الرابع ، فإن ^(٣) كانت الدار لا تتميز بذكر الحدود الثلاثة بطل البيع ، وإن تميّزت بذكر الحدود الثلاثة فالصحيح أن البيع يصح ^(٤) لحصول الامتياز . وفيه وجه لبعض الأصحاب ^(٥) أن البيع باغفال ذكره باطل ^(٦) .

-
- (١) يقصد بالحجرة حظيرة الإبل . انظر المختار ص ١٢٣ .
(٢) ج : لا يعتاز .
(٣) أثبتته من ب ، د . وفي أ ، ج : بأن .
(٤) ب ، ج : صحيح .
(٥) ب : وفيه لبعض أصحابنا وجه آخر .
(٦) ذكره السبكي في تكملة (٢٧١ / ١١) نقلا عن الماوردي وابن أبي عسرون . ثم قال : " وفي اشتراط ذكر الحدود إذا كانت الدار معلومة نظر . والذي ينبغي الصحة إذا ذكر ما يميزها وينمّيها من التباسها بغيرها . وعلى ذلك ينبغي أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها ، لاقتضاء العرف ذلك . وأما إذا ذكر الحدود ، وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود ، فالأمر كما قال الماوردي .
ومن حكي الخلاف في مسألة الحدود تبعاً للماوردي الشاشي في الحلية . وقال ابن الرفعة : إن الذي يظهر من كلام الأصحاب الصحة إذا أطلق من غير ذكر الحدود ، وتميّزت . أهـ وحكي مع ذلك كلام الماوردي أيضا ."

(*) (١) على حائط من حدودها ، فقد
اختلف أصحابنا في دخوله في البيع مع الإطلاق على ثلاثة أوجه : (٢)
أحدها : أنه لا يدخل في البيع ، كما لا تدخل الحجرة المتصلة
بالدار .

والثاني : تدخل في البيع ، كما تدخل فيه الأجنحة واليازب .
والوجه الثالث - وهو تخريج أبي الفياض - (٣) : أنه يُعتبر
حال الأجداع (٤) من الطرفين . فان كان كل واحد من الطرفين مطروحا
على حائط لهذه الدار دخل الساباط في البيع ؛ لأن جميعه تبع . وإن
كان أحد الطرفين مطروحا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل في البيع ؛
لأن جميعه ليس بتبع .

- (*) أ : "ساباط" والتصويب من ب ج د .
- (١) الساباط : سقيفة بين حائطين تحتها طريق . والجمع : سوابيط
انظر : الصحاح ١١٢٩/٣ ، والمصباح ص ٢٦٤ .
- (٢) انظر التكملة : ٢٢٥/١١ وفيها : " قال ابن أبي عصرون عن الأخير
: أصحابها . وأطلق ابن خيران في اللطيف عدم دخول الساباط " .
قلت : وقد جزم بالوجه الأخير الشرواني في حاشيته ٤٤٨/٤ ،
وقال قليوبي (٢٢٨/٢) : إنه المعتمد .
- (٣) أبو الفياض محمد بن الحسين بن المنتصر البصري . تفقه على القاضي
أبي حامد العروزي ، وصنف "اللاحق على الجامع" الذي صنفه
شيخه ، وهو تتمته له . وأخذ عنه الصيمري شيخ الماوردي . درس
بالبصرة ، وعنه أخذ فقهاؤها . توفي في حدود سنة ٣٨٥ هـ .
انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص ١١٩ ، تهذيب الأسماء ٢٦٣/٢ ،
وهديّة العارفين ٥٤/٢ ، وطبقات الأسنوي ١٩٢/١ ، والحسيني
ص ١١٦ .
- (٤) الأجداع : جمع جذع بكسر الجيم ، ساق النخلة ، كما في المصباح
ص ٩٤ .
- (٥) في البيع : أثبتته من ب ج . ولا يوجد في أ ، د .

- فصل -

فأما إذا باعه عبداً وعليه ثياب، أو أمة وعليها حلتيها، فقد
حكى عن عبد الله بن عمر (١) أن جميع ما على العبد والأمة من ثياب
وحلتي يدخل في البيع؛ لأنه في يد قد ملكته.

وقال قوم (٢) : بل يدخل في البيع / من جميع ما عليهما ١/٨٢
قدر ما يستر العورة . وقال جميع الفقهاء : (٣) لا يدخل شيء من
ذلك في البيع، لانفصاله عن البيع . ولقوله صلى الله عليه وسلم : " من ابتاع
عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه البائع " (٤) . ولولزم (٥) قدر
ما يستر العورة ، للزم قدر ما يستد به (٦) الجوعة . (٧)

(١) انظر : رحمة الأمة ص ١٣٨ ، والميزان للشمراني ٥٥/٢ .
قلت : يوافق الحنفية في الثياب دون الحلتي . فقد جاء في
الدر المختار (٥٥٠/٤) : " وتدخل ثياب عبد وجارية لاحتيمها " .
وفي التبيين ١٠/١٤ : " وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع
من غير شرط للعرف ، إلا أن تكون ثياب مرتفعة تلبس للعرض ،
فلا تدخل إلا بالشرط ، لعدم العرف ، إذ العرف في ثياب البذلة
والمهنة " .

(٢) يوجد هذا القول في كتب المذاهب بدون النسب .
(٣) نسبه في رحمة الأمة ص ١٣٨ ، والميزان ٥٥/٢ الى الأئمة الأربعة .
(٤) هكذا رواه أبو داود ٢٦٨/٣ وابن الجارود ص ٢١٣ ، وقد ورد
في أكثر كتب الحديث مقرونا بذكر النخل ، كما تقدم في ص ٥٥٩ .
(٥) ب : ولو وجب .
(٦) به : لا يوجد في ب ، ج .
(٧) انظر تفاصيل هذا الفصل في : الوجيز ١٤٩/١ وفيه : " والوجه
الصحيح تحكيم العرف " قال شا رحمه في الفتح ٣٦/٩ : ===

- فصل -

وإذا ابتاع دابة عليها سرج ولجام أو شيء من ألتها ، كالجل^(١) واليقود^(٢) ، لم يدخل شيء من ذلك في البيع .
وقال قوم^(٣) : يدخل في البيع الجل واليقود . وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما يستتر به^(٤) العورة . وقد بينا وجه فساد .

ولكن يدخل في بيع الدابة النعال المستورة في أرجلها ، لأنها كالمتصلة ، وهي بخلاف القرط في الأذن حيث لم يدخل في البيع ؛ لأن نعال الدابة موضوعة للاستدامة ، والقرط لا يلبس للاستدامة^(٥) .

- == ربما أشعر كلامه - أي الغزالي - بوجه رابع ، لكن المنقول ليس إلا الوجوه الثلاثة ، فهو إذن ترجيح لوجه دخول ما عليه من الثياب لكن صاحب التهذيب وغيره رجحوا الوجه السائر إلى أن شيئاً منها لا يدخل في البيع .
- والروضة ٥٤٦/٣ وأصحها : لا يدخل شيء منها أي الثياب ، والتكلمة ٢٧٩/١١ ، والمغني ٨٥/٢ ، والنهاية ١٣٣/٤ ، وشرح المحلى ٢٢٩/٢ .
- (١) جل الدابة كتب الإنسان يلبسه بيقية البرد ، والجمع : جلال ، وأجلال . انظر : المصباح ص ١٠٦ .
- (٢) اليقود : الحبل يُشد في الزمام أو في اللجام تقاد به الدابة . انظر : الصحاح ٥٢٨/٤ ، والمصباح ص ٥١٨ .
- (٣) ذكره السبكي في تكملة ٢٧٩/١١ نقلاً عن الماوردي بدون التصريح باسم قائله .
- (٤) به : لا يوجد في ب ، ج .
- (٥) أنظر : الاقناع ص ٩٣ ، والفتح ٣٧/٩ ، والروضة ٥٤٧/٣ ، والتكلمة ٢٧٩/١١ والمغني ٨٥/٢ ، والنهاية ١٣٣/٤ .

- فصل -

وإذا ابتاع سمكة فوجد في جوفها لوءة أو جوهرة ، لم تدخل في البيع ، كما لا يدخل الكنز المدفون في الدار في البيع .
ثم ينظر في اللوءة أو الجوهرة ، فإن كان فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة ، فهي لقطة لا يملكها الصياد البائع . وإن لم يكن فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة ، فهي ملك للصياد البائع .^(١) كما يملك من ذلك ما يأخذه من معدنه ، لأن الحوت والسمك قد يتربعمان اللوءة والجوهر ، فربما ابتلع شيئاً منه .^(٢)
ولكن لو ابتاع سمكة ، فوجد في جوفها سمكة ، كانت داخلية في البيع ، وملكها المشتري .^(٣)
والفرق بين السمكة تكون في جوف السمكة ، وبين اللوءة ، أن السمكة قد تغتذى بالسمك ، فصار ما في جوفه من ذلك من أغذيته ، ومحكوم به من جملة ، وليس كذلك اللوءة .

- (١) انظر : قليوبي ٢٢٩/٢ ، والبجيرى ٢٩٨/٤ .
(٢) د : " شيء منه " وهو خطأ .
(٣) انظر : التكملة ٢٧٩/١١ قال السبكي بعد أن حكى قول الماوردي : (وحكى صاحب الاستقصاء أربعة أوجه : أحدها : هذا .
والثاني : لا يدخل ، بل هو على ملك البائع .
والثالث : إن كان صغيراً دخل ، وإن كان كبيراً لم يدخل .
والرابع : قال الصيرى : والصحيح أن يقال : إن كان هذا الحوت ما يأكل الحيتان دخل في بيعه ، كما يدخل في بيع الطير الذى يأكل الحيتان . وإن كان ما لا يأكل الحيتان لم يدخل) .

وهكذا لو ابتاع طائرا ، فوجد في جوفه سمكا أو جرذا ، كان
داخلا في البيع ؛ لأنه من أغذيته ، ولو وجد في جوفه (١) خاتما (٢) لم
يدخل في البيع .

قال الشافعي رحمه الله (٣) : (ويؤكل الحوت والجراد الموجود
في جوف الطائر .) (٤)

وهذا صحيح ؛ لأنهما يؤكلان ميتين ، لكن بعد الفسل ،
لنجاستهما بما في جوف الطائر . ولو كان مأخوذا من جوف الحوت لم يجب
غسله ؛ لأن ما في جوف الحوت ليس بنجس (٥) (وما في جوف الطائر نجس) (٦) (٧)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله (٨) : (وإن / كان فيها زرع ، ٨٢/ب
فهو للبائع ، يترك حتى يحصد .) (٩)

- (١) أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د : " جوفها " خطأ .
- (٢) من ج . وفي أ ، د : " حاما " . وفي ب : " جاما " وكلاهما
تصحيف .
- (٣) رحمه الله : ليس في ب . وفي د : " رضي الله عنه " .
- (٤) يوجد نصه في الأم ١٩٨/٢ ببعض الفرق .
- (٥) قال السبكي في تكملة (٢٨٠/١١) : " قلت : وما في جوف
السمك وجهان . أظهرهما عند الرافعي النجاسة . فعلى هذا
يجب الغسل فيهما " .
- (٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
- (٧) انظر في جزئيات هذا الفصل : التكملة ٢٧٩/١١ .
- (٨) ب ، د : رضي الله عنه .
- (٩) انظر : مختصر المزني ١٦٥/٢ .

(١) وهذا كما قال . إذا باع أرضاً وفيها زرع يحصد مرة ويؤخذ دفعة ، كالبرّ والشعير والباقلّاء ، والكثّان ، فهو للبائع لا يدخل في البيع إلّا بالشرط .^(٢) بخلاف الشجر والغراس الموضوع للاستدامة والبقاء ؛ لأنّ الزرع لا يوضع للاستدامة ، وإنما يزرع لتكامل المنفعة ، فعلّ محلّ المتاع المودع ، فلذلك لم يدخل في البيع .

فان قيل : فالثمرة الموجودة^(٣) قبل التأخير تستبقى لتكامل المنفعة ، ثم تجتنى ، وهي داخلة في البيع ، فهلّا كان الزرع مثلها ؟
قيل : الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقه الأصل المبيع ، والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي . وقد فرق الأصول بين ما كان من خلقه الأصل فيكون تبعاً ، وبين ما يكون مستودعاً في الأصل فلا يكون تبعاً .

ألا ترى ! لو أنه^(٤) اشترى أرضاً ، فوجد فيها ركازاً^(٥) ، لم يدخل في البيع ؛ لأنّه مستودع في الأرض . ولو وجد فيها معدناً كان داخلاً في البيع ؛ لأنّه خلقه في الأرض.^(٦)

- (١) أثبتته من ج ، د وفي أ : "يوجد " وهو خطأ وفي ب غير منقوط .
- (٢) انظر : الإقناع ص ٩٣ ، والتنبيه ص ٦٥ ، والمهذب ٢٨٧/١ ، والفتح ١٩/٩ ، والروضة ٥٣٧/٣ ، والتكملة ٣٨٩/١١ "لا خلاف أنه لا يدخل في الأرض إلّا بالشرط " والنهاية ١٢٤/٤ ، وشرح المحلّى ٢٢٦/٢ .
- (٣) الموجودة : لا توجد في ب ، ج .
- (٤) ب ، د : أنه لو .
- (٥) الركاز : المال المدفون في الجاهلية . انظر : المختار ص ٢٥٤ ، والمصباح ص ٢٣٧ .
- (٦) انظر : التكملة ٣٩٠/١١ وقد قال السبكي بعد أن نقل الفرق

فإذا ثبت أن الزرع لا يدخل في البيع ، فلا يخلو حال المشتري من أن يكون عالما بالزرع أو غير عالم . فإن كان عالما بالزرع فلا خيار له في الفسخ . وإن لم يكن عالما بالزرع ، لأنه ابتاعها من رؤية متقدمة ، ولم يرها وقت العقد ، فله الخيار في فسخ البيع ؛ لأن الزرع عيب يمنع (١) منفعة الأرض (٢) .

فإن فسخ رجع بالثمن . وإن أقام فطلبائع ترك الزرع ففي الأرض الى وقت حماده (٣) . كما يكون له ترك ما أثمر من الثمر الى وقت جداده . ولا أجرة للمشتري على البائع في تركه (٤) ؛ لأنها منفعة مستحقة قبل ملكه . وما احتاج الزرع الى سقي ، فعلى المشتري التمكين منه ، وعلى البائع مؤنته .

== المذكور عن الماوردي ما نصّه : " وأعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز ؛ لأنه نبات لا يحمل إلا مرة واحدة ، لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الأرض لا يدخل بخلاف الحنطة والشعير . فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل إلا مرة واحدة وليس له أصل ثابت في الأرض . وذلك يخرج الموز ، فإن له أصلا ثابتا ، منه تنبت الغراخ . "

- (١) ب ، ج : لمنعه .
 (٢) انظر : الفتح ٢٠/٩ ، والروضة ٥٣٧/٣ ، والتكملة ٣٩٤/١١ .
 (٣) خلافا لأبي حنيفة ، فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري فلذلك أوجب القطع . أنظر : فتح العزيز ٢٠/٩ ، والتكملة ٣٩٤/١١ .
 (٤) قلت : إن كان المشتري عالما فلا أجرة قطعا . وإن كان جاهلا فصريقان : أصحهما : القطع بعدم الأجرة . وقيل : فيه وجهان : أصحهما : أن لا أجرة ، وتقع تلك المدة مستثناة ، كمن باع دارا مشحونة بأمتعة ، لا يستحق المشتري أجرته لمدة التفريغ . وقيل : تجب أجرة مدة الإبقاء ، وهو لا يظهر عند الغزالي والجرجاني .

فاذا انتهى إلى أول أوقات ^(١) استحصاده ، وجب على البائع أن يحصده ، ولم يكن له تركه ^(٢) استزادة في صلاحه .

ثم ينظر في الأرض بعد الحصاد . فان لم يبق للزروع عروق مضرّة ^(٣) فقد استوفى حقه ولا شيء عليه . وان بقيت للزروع عروق مضرّة ^(٣) كان على البائع قلعها وإزالة الضرر بها إن شاء المشتري ^(٤) .

فلو جاز البائع زرعه قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم ^(٥) الأرض

بعد قلع العروق المضرّة ، وليس له استبقاء الأرض ما بقي من مدّة الزرع ؛

لأنه إنما استحق من خفعة الأرض ما كان صلاحاً لذلك الزرع / ٨٣/أ

فلو كان الباقي من مدّة الزرع بعد جزائه خمسة أشهر ، فزرعها

ما يحصد في خمسة ^(٦) أشهر ، لم يجز ، وكانت الأجرة عليه واجبة ، وان رضي المشتري بتركه .

ولو كان الزرع ما لو جاز قبل حصاده ، قوى أصله واستخلف ^(٨)

وفرّخ كالدخن ^(٩) ، فجزّه قبل حصاده ، كان له استبقاؤه ^(١٠)

(١) د : إلى وقت .

(٢) ج : ولم يكن له أن يتركه .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٤) أنظر : الفتح ٢١/٩ ، والروضة ٥٣٨/٣ ، والتكلمة ٣٩٤/١١ .

(٥) ج : "تعليم" وهو تصحيف .

(٦) ذكره السبكي في تكملة (٣٩٣/١١) ونسبه إلى الماوردي

والأصحاب .

(٧) خمسة : أثبتتها من ب ، ج . أ ، د : " ستة " ولا يقبلها السياق .

(٨) في أ " واستخلف " والتصويب من سائر النسخ .

(٩) الدخن : حبّ معروف ، يقال له الجأؤوس أيضا . كما في المختار

ص ٢٠١ ، والمصباح ص ١٩١ .

(١٠) ب : " استيفا " وهو خطأ .

الأصل الباقي إلى أوان^(١) الحصاد ، لأنه من جملة ذلك الزرع ، وليس له استبقاء^(٢) ما استخلف^(٣) وفرّح بعد الحصاد ، لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع قلعه . ولا يملكه المشتري ، كما يملك أصل القَت^(٤) الذي يجزّ مرارا ، لأنّ للقت^(٤) أصل ثابت ، والزرع فرع زائل^(٥) ، واستخلاف^(٦) بعضه نادر^(٧) .

- فصل -

فأما إذا ابتاع أرضا مزروعة ، وشرط دخول الزرع في البيع ، فلا يخلو حال الزرع من أحد أمرين : إمّا أن يكون قد اشتدّ وبلغ حال الحصاد ، أو لا .

فإن لم يبلغ حال الحصاد وكان بطلا أو قصيلا ، صحّ البيع فسي الأرض والزرع . ولا يلزم^(٨) في الزرع اشتراط القطع^(٩) (لأنّ)^(١٠) دخل في العقد تبعا للأرض ، فقلّ الفرر^(١١) به ، فسقط اشتراط القطع فيه^(١٢) . وصار كالثمرة التي لم يبد صلاحها إذا بيعت مع نخلها ، صحّ العقد وإن لم يشترط فيها القطع .

- (١) ب ، ج : إلى وقت .
- (٢) ب : " استيفاء " وهو خطأ .
- (٣) أ : " ما استخلف " وهو خطأ ، والتصويب من باقي النسخ .
- (٤) د : " القَت " في الموضفين . قلت : والقَت : هي الفصفصة .
الواحدة قَتّة ، كما في المختار ص ٥٢١ .
- (٥) أ ، د : " زائد " والتصويب من ب ، ج .
- (٦) أ ، ج : " استخلاف " وهو خطأ والتصويب من ب ، د .
- (٧) ذكره السبكي في تكملة ٣٩٣/١١ نقلا عن الماوردي .
- (٨) د : ولا يكون .
- (٩) " القطع " ساقط من ج .
- (١٠) ما بين القوسين ساقط من د .
- (١١) ج : " فقد الفرر " وهو تصحيف .

وإن كان الزرع قد اشتدَّ واستحصَدَ ^(١) فهو على ضربين :

أحدهما : أن يكون مشاهد الحب ليس دونه حائل يمنع من

رؤيته كالشعير ، فالبيع فيه صحيح ؛ لأنه لما جاز بيع هذا الزرع ^(٢)

مفردا ^(٣) ، فأولى أن يجوز بيعه تبعاً .

والضرب الثاني : أن يكون الزرع غير مشاهد الحب بكمّ

يمنع من رؤيته ، كالحنطة والعدس . ففي بيعه لو كان مفردا قولان : ^(٤)

أحدهما : يجوز . فعلى هذا بيعه مع الأرض أولى أن يجوز .

والثاني : بيعه لا يجوز . فعلى هذا في جواز بيعه تبعاً

للأرض وجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنّ ما كان في البيع تبعاً لغيره ، جاز فقد

رؤيته وجهالة قدره ، كأساس البنيان ^(٥) ، ولين الضرع .

والوجه الثاني : أنّ البيع فيه باطل ؛ لأنه وإن كان تبعاً لغيره

فهو مقصود في نفسه ، بخلاف الأساس واللين .

فإذا بطل البيع في الزرع ، ففي بطلانه في الأرض قولان ^(٦) من

تفريق الصفقة . ومن أصحابنا من أبطله في الأرض قولاً واحداً ، للجهل

بحصّة ما قابل الزرع المجهول من الثمن . وهذا من اختلاف أصحابنا

(١) استحصَدَ الزَّرْعُ : إذا حان حماده . انظر : المصباح ص ١٣٨ .

(٢) الزرع : ما قط من د .

(٣) ب : مفردا .

(٤) أظهرهما ، لا يجوز وهو قوله الجديد . انظر : الروضة ٥٥٩/٣ ،

والمغني ٩٠/٢ .

(٥) ب : البناء .

(٦) قال الروياني في حليته (٧١/ب) : لا يجوز في أصح القولين ؛

لأنه مجهول .

في تعليل تفريق الصفة. (١)

- المسألة -

قال الشافعي (٢) / : (وإن كان الزرع (٣) يُجَزُّ مرارا ،
فلبائع جرة واحدة (٤) ، وما بقي فكالأصل . (٥) وهذا صحيح .

قد ذكرنا أنّ الزرع على ضربين : ضرب يُجَزَّمرة فيذهب
أصله كالبر والشعير . فقد مضى الكلام فيه . وضرب يُجَزُّ مرارا وهو باقى
الأصل ، كالقث والأشنان (٦) ، وأنواع من البقول .

فإذا بيعت أرض (٧) فيها منه ، كان ما ظهر من نباته غير
داخل في البيع ، وكان الأصل الباقي تبعا للأرض كالنخل والشجر . وهل
ينتظر بما ظهر من نباته تنأهى جزاءه ؟ على وجهين : (٨)

أحدهما : ينتظر به تنأهى الجزاء .

والثاني : لا ينتظر به ، بل لاحق للبائع إلا فيما كان ظاهرا وقت
العقد ، وبه قال أبو إسحاق المروزي ، وقد مضى توجيههما . (٩)

- (١) انظر في التفريعات المذكورة في هذا الفصل : الشافعي ٢٣/ب ،
والتكلمة ٣٩٨/١١ ، والمنهاج مع المغني ٨٢/٢ ، وتحفة
المحتاج ٤٤٤/٤ ، وشرح المحلى مع قليوبي وعميرة ٢٢٢٧/٢ .
- (٢) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
- (٣) م : زرعاً .
- (٤) أ ، ج : " جزء " ، وأخذه " والمثبت من ب ، د ، م .
- (٥) انظر : المختصر ١٦٥/٢ .
- (٦) الأشنان : بضم الهمزة والكسر لفظة ، معرب ، ويقال له بالعربية
الحرض : وهو نوع من العشب يفسل به كالحابون . انظر :
المصباح ص ١٦ .
- (٧) د : الأرض .
- (٨) ذكرهما السبكي في تكملة ٣٨٢/١١ نقلا عن الماوردي . قال : وجزم
أكثر الأصحاب بوجوب القطع في الحال لئلا يختلط المبيع بغيره .
- (٩) راجع ص : ٥٨٤ - ٥٨٥ .

فعلى هذا لو كان هذا النوع ^(١) من الزرع بذرا لم يظهر بعد ، فمن انتظر بما ظهر منه تناهى الجزاز جعل ما نبت من هذا البذر أول جزة للبائع . ومن لم ينتظر به التناهي ، وجعل حَقَّ البائع مقصورا على ما ظهر ، جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشتري ^(٢) .

- فصل -

فأما البطيخ والخيار والقثاء وما توّخذ ثمرته ^(٣) مرة بعد أخرى ، لكن في عام واحد ، فقد اختلف أصحابنا في حكمه إذا بيعت إلا رض وهو فيها على وجهين :

أحدهما - وهو قول البغداديين - : أنه يكون في حكم الشجر ، فيكون للبائع من ثمرته ^(٣) ما قد ظهر ، وللمشتري الأصل الباقي وما يظهر ؛ لأنّ ثمرته لا توجد دفعة واحدة ^(٤) ، فصار بالشجر أشبه .

(١) هذا النوع : أنبت من ب ، وهو ساقط من أ ، د . وفي ج سقط " هذا " فقط .

(٢) قال السبكي في تكملة (٣٨٤/١١) عن الوجه الأول : " هذا الوجه مع بعده ، وغرابته هو مقتضى كلام الشافعي (في الأتم ٣٩/٣) . ثم بعد أن نقل كلامه قال : والصحيح المشهور أنّ البذور وجميع ما يظهر للمشتري .

وراجع في المسألة أيضا : الفتح ٢١/٩ ، والروضة ٥٣٨/٣ ، والمغني ٨١/٢ ، والنهاية ١٢١/٤ ، وشرح المحلى ٢٢٥/٢ .

(٣) ب : " ثمره " في الموضعين .

(٤) واحدة : أثبتها من د . وهي لا توجد في باقي النسخ .

والوجه الثاني - وهو قول البصريين - : أنه يكون في حكم الزرع ، فيكون للبائع أصله وشمه ؛ لأنه زرع عام واحد ، وإن تفرّق لقاط شمّه .
والشجر ما بقي أعواماً ، فألحق به في الحكم ما بقي أعواماً كالعلف ، ولم يلحق به (١) ما لم يسبق إلّا عاماً واحداً كالزرع (٢) .

- فصل -

(٣)
فأما الموز فأصله لا يحمل إلّا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخاً يحمل في العام المقبل . فإذا كان كذلك ، فالأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع ؛ لأنه لا يبقى بعد سنته . والفرخ الذي يستخلف (٣) كالشجر يدخل في البيع (٤) .

(١) ج : " ولما لم يلحق به " وهو خطأ .

(٢) في التكملة (٣٨٦/١١) : " والرويانى جزم القول فيما يُجزّ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدّة يسيرة كالهندباً والجرجير . وما يسبق سنين .

قلت : وكلام الشافعي أيضاً يدلّ على ذلك ، فقد قال في الأمّ ٤٠/٣ : " والقصب والقثاء وكل ما كان يصرم مرة بعد أخرى من الأصول ، فللمشتري ملكه ، كما يملك النخل إذا اشترى الأصل ، وما خرج فيه من ثمرة مرة فتلك الثمرة للبائع ، وما بعدها للمشتري . . . وهكذا البقول كلها " .

(٣) يستخلف : أثبتته من د . وفي سائر النسخ " يستخلف " فسي الموضعين وهو خطأ .

(٤) قد صرح بذلك الشافعي في الأمّ (٣٨/٣) حيث قال : " إذا باع أرضاً وفيها موز قد خرج ، فله ما خرج من الموز قبل بيعه ، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي بجانب الموز " .

- مسألة -

قال الشافعي ^(١) : (فان كان فيها حب ^(٢) قد بذره ، فالشترى بالخيار ، إن أحب نقض البيع ، أو يترك ^(٣) البذر ، حتى يبلغ فيحصده . ^(٤))

وهذا كما قال . إذا ابتاع أرضا فيها بذر لزرع لا يبقى له بعد

حصده ، أصل كالبر والشعير ، فالبذر / للبائع ، خارج من العقد ، لأنه أ/٨٤
ستودع في الأرض لتكامل المنفعة ، لا للاستدامة .

فان كان المشتري عالما به فلا خيار له في فسخ البيع . وإن كان غير عالم فهو بالخيار ^(٥) . فان أقام كان البذر مقرا في الأرض السى وقت حصده ، كما قلنا في الزرع .

==== هذا ، وقد قال السبكي في تكلمته (٣٨٧/١١) بعد أن حكى كلام الماوردي هذا : (وقوله " إن الفرخ يدخل في البيع " إن فرض في فرخ يحدث بعد البيع ، فلا معنى لتشبيهه بالشجر . ولا يقال : إنه دخل في عقد البيع ، بل ذلك كسائر ما يحدث ، يستحقه المشتري بحكم الملك ، لا بحكم الدخول في العقد . وإن فرض في فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال : ينبغي على قوله أن لا يدخل لأنه لا يبقى ؛ لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع) .

(١) ب ، د : " الشافعي رضي الله عنه " ج : " الشافعي رحمه الله " .

(٢) د : " حبا " وهو خطأ .

(٣) ج ، م : " أو ترك " .

(٤) انظر : مختصر المزني ١٦٥/٢ .

(٥) وينقطع خيار المشتري إذا تركه البائع له . وعليه القول . وكذلك

لو قال البائع " آخذه " وأفرغ الأرض " سقط خيار المشتري أيضا إن أمكن ذلك في زمن يسير ، ويدون أن يضر القلع الأرض .

====

فان قيل : فهلا كان بيع الأرض البذرة أو المزروعة باطلا في أحد القولين كالأرض المستأجرة ، لأن منفعة المبيع في الحالين مستحقة ؟
قيل : الفرق بينهما أن الأرض المشغولة بزرع الباشع مقدور على تسليمها (لأنه ليس عليها لغيره يد مانعة ، فصَحَّ بيعها قولا واحدا (١) ، والأرض المستأجرة غير مقدور على تسليمها (٢)) لأنَّ عليها للمستأجر يد مانعة ، فبطل بيعها (٣) على أحد القولين . (٤)

فلو شرط في عقد البيع دخول البذر ، فان كان يجهل حال البذر في جنسه وصفته لم يجز (٥) . وإن علمه فعلى وجهين : (٦)

=== صرح بذلك الشافعي والأصحاب . انظر :
 الأم ٣٩/٣ ، والمهذب ٢٨٧/٢ ، والفتح ٢٢/٩ ، والروضة
 ٥٣٩/٣ ، والمغني ٨٢/٢ ، والنهاية ١٢٥/٤ ، وشرح المحلى
 ٢٢٦/٢ .

(١) قال الفوراني في الإبانة ١٢٥/ب : " من أصحابنا من يجعل المسألة على قولين بناءً على بيع الأرض المكررة . والصحيح أن فيها قولا واحدا أنه يصح البيع " .

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل ، وأثبتته من باقي النسخ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٤) ويوجد هذان القولان فيما إذا باعها من غير المستأجر . وأما

إذا باعها من المستأجر جاز البيع قولا واحدا . انظر : المهذب

٤١٤/١ ، والتنبيه ص ٨٥ .

(٥) لم يجز قولا واحدا بناءً على الطريقة المشهورة في بيع الغائب . وفي

وجه يجرى فيه الخلاف . انظر : التكملة ٤٠٠/١١ ، والمغني

٨٢/٢ ، والنهاية ١٢٦/٤ .

(٦) والوجه الثاني هو الصحيح المشهور من المذهب . انظر : المهذب

٢٨٧/١ ، والتكملة ٣٩٩/١١ .

أحدهما : يجوز ، لأنه تبع .

والثاني : لا يجوز ، لأنه مقصود .

فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ، ففي بطلانه في الأرض
قولان من تفريق الصفقة ^(١) . ومن أصحابنا من أبطل البيع فيها ^(٢)
قولا واحدا ^(٣) .

- مسألة -

قال الشافعي : (وان كان ^(٤) فيها حجارة مستودعة ، فعلى
البائع نقلها ، وتسوية الأرض على حالها ، لا يتركها حفرا . ولو كان غرس ^(٥)
عليها شجرا ، فإن كانت تضرّ بعروق الشجر فالمشتري بالخيار . . .
الفصل الى آخر الباب ^(٦) .

- (١) في التكلفة ٤٠٠/١١ : وهو الذي يقتضي إيراد الماوردي
ترجيحها ، وجزم بها القاضي حسين والفارقي تلميذ المصنف
- أي الشيرازي - وغيرهما ، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه
يختار بجميع الثمن .
- (٢) فيها : ساقط من ب ، د .
- (٣) في التكلفة ٤٠٠/١١ : " ويقتضي إيراد القاضي أبي الطيّب
ترجيحها ، وهي المذهب عند الروياني ، وهي مقتضى المذهب
في أنه يختار بالقسط " وراجع أيضا : المنهاج مع المغنسي
٨٢/٢ ، والنهاية ١٢٦/٤ ، وشرح المحلّي ٢٢٦/٢ .
- (٤) ب : " واذا كان " م : " وان كانت " .
- (٥) ب : " عرش " وهو خطأ .
- (٦) أنظر : مختصر المزني : ١٦٥/٢ - ١٦٦ ، وتماه : " وإن كانت
لا تضرّها ، ويضرّها إذا قلّعها ، قيل للبائع أنت بالخيار ، إن
سلّمتها فالبيع جائز ، وإن أبيت قيل للمشتري : أنت بالخيار

وهذا كما قال . إذا ابتاع أرضاً فظهرت فيها حجارة ، لم يخل حالها من ثلاثة أقسام : أحدها : أن تكون مخلوقة في الأرض . والثاني : أن تكون مبنية فيها . والثالث : أن تكون مستودعة فيها . فان كانت الحجارة مخلوقة في الأرض ، فهي داخلية في البيع ، كما يدخل في البيع قرار الأرض وطينها . ثم لا يخلو حالها إذا كانت مخلوقة في الأرض^(١) من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن تكون الحجارة مُضَرَّةً بالأرض في الغرس والزرع جميعاً . فهذا عيب^(٢) يستحق المشتري به خيار الفسخ ، إلا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع .

والحالة الثانية : أن تكون الحجارة غير مُضَرَّةً بالغراس ولا بالزرع لبعدها ما بينها وبين وجه الأرض^(٣) ، بحيث لا يصل إليها عرق زرع ولا غرس . فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشتري .

والحالة الثالثة : أن تكون الحجارة مُضَرَّةً بالغراس ، لوصول عروقه إليها ، وغير مُضَرَّةً بالزرع لبعدها / عروقه عنها . فقد اختلف ٨٤/ب

== في الرد ، أو يقلعه ويكون عليه قيمة ما أفسد عليك .

وراجع في المسألة : الأُم ٤٠/٣ ، والإبانة ١٢٥/ب ، والوجيز ١٤٨/١ والفتح ٢٣/٩ ، والروضة ٥٣٩/٣ ، والتكلمة ٢٩٢/١١ ، والسنهاج مع المغني ٨٢/٢ ، والنهية ١٢٦/٤ ، وشرح المحلى مع قليوبي وعميرة ٢٢٧/٢ ، والتحفة ٤٤٤/٤ .

- (١) في الأرض : ساقط من ب ، ج .
 (٢) وفي وجهه هوليس بعيب وإنما هو فوات فضيلة . انظر الفتح ٢٤/٩ والروضة ٥٣٩/٣ ، والتكلمة ٢٩٢/١١ .
 (٣) وجهه : لا يوجد في د .

أصحابنا هل يكون ذلك عيبا يوجب الخيار للمشتري ؟ على وجهين :

أحدهما : هو عيب ؛ لأنه قد منع بعض منافعها .

والوجه الثاني - وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي - : أنه

ليس بعيب ولا خيار فيه ؛ لأنّ الأرض إذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو تصلح للزرع دون الغرس ، لم يكن ذلك عيبا لكمال المنفعة بأحدهما . كذلك ما وجد فيها مانعا من الغرس دون الزرع ، لم يكن عيبا ولا خيارا . والأصحّ عندي أنه ينظر في أرض تلك الناحية . (١) فان كانت مرصدة للزرع ، أو بعضها للغرس وبعضها للزرع ، فليس (٢) هذا عيبا ، (٣) ولا خيار فيه . وإن كانت مرصدة للغرس ، فهذا عيب وفيه الخيار ؛ لأنّ العرف المعتاد يجري في العقد مجرى الشرط (٤) . ولعلّ اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون في الجواب اختلاف ، لكن ذكرت ما حكى ، وتبينت ما اقتضته الدلالة عندي . (٥)

-
- (١) أ ج : " وليس " والتصويب من ب ، د .
 (٢) عيبا : أثبت من ب . وفي سائر النسخ " عيب " وهو خطأ .
 (٣) ما بين القوسين تكرر في ج .
 (٤) انظر في أمثلة هذه القاعدة " الأشباه والنظائر " للسيوطي ص ٩٦ .
 (٥) وقد حسن السبكي كلام الماوردي فقال : " قلت : وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه . وهو يقتضي أنها إذا كانت في موضع غير معد للزرع ولا للغرس ، كالأراضي بين البنيان في كثير من المواضع . فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها ليس بعيب . انظر تكلمته ٢٩٢/١١ .

- فصل -

وإن كانت الحجارة مبنية في الأرض ، فهي داخلية في البيع ؛^(١)
لأنها موضوعة للاستدامة كالبناء الظاهر . وغالب الحال فيما بنى في الأرض
من حجارته غير مُضَرَّبِغُوس ولا زرع ؛ لأنَّ العرف جار بينائه فسي
مستأنات^(٢) الأرض وشاربها ومجارى مياهها ، فإن كانت كذلك فلا خيار
للمشتري فيها ؛ لأنها زيادة غير مُضَرَّة .

وان كانت الحجارة مبنية بخلاف العرف في موضع مضرب بالغرس
والزرع ، فللمشتري خيار الفسخ على ما مضى ، إلا أن يسهل قلعها لقصر
الحدّة وقلة المؤنة ، فلا خيار .

- فصل -

وإن كانت الحجارة مستودعة في الأرض - وهي مسألة الكتاب -
فهي غير داخلية في البيع ؛ لأنَّ ما أودع في الأرض للعرض ، ولم يوضع
للاستدامة والتأبيد ، فهو كالكنز المدفون ، يكون للبائع ، ولا يدخل فسي
البيع .^(٣)

(١) قال السبكي في تكملة (٢٩٣/١١) : وهذا على المذهب
في أن بيع الأرض مستتب البناء . والطرق التي تقدّمت في ذلك
جارية فيه حرفا بحرف . ثم قال : * وهذا الكلام في الدخول
وأما كونها عيبا فقد جعلها الرافعي - وكذا النووي - عيبا
إذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة * .

وراجع أيضا : الفتح ٢٣/٩ ، والروضة ٥٣٩/٣ .

(٢) ب : في مستنّات .

(٣) انظر : المهذب ٢٨٥/١ ، والفتح ٢٤/٩ ، والروضة ٥٣٩/٣ ،

والمغني ٨٣/٢ والنهاية ١٢٧/٤ ، وشرح المحلى ٢٢٧/٢ .

وإذا كان كذلك لم يخل حال الحجارة من أربعة أقسام ^(١) ،
أحدها : أن يكون تركها غير مضر ، وقلعها غير ^(٢) مضر . (والثاني :
أن يكون تركها مضراً ^(٣) ، وقلعها مضراً ^(٤) . والثالث : أن يكون تركها
غير مضر ، وقلعها مضراً ^(٥)) والرابع : أن يكون قلعها غير مضر ،
وتركها مضراً ^(٦) .

فأما القسم الأول : وهو أن يكون تركها غير مضر ، لبعدها
من عروق الغراس والزرع ، وقلعها غير مُضِرِّه ؛ لأنه لم يحصل في الأرض
غراس ولا زرع ، فالبيع لازم ، ولا خيار للمشتري (لارتفاع الضرر . وعلى
البائع قلع حجارتها ^(٧) . فان سمح بها للمشتري ^(٨) لم يلزمه قبولها / ، ٨٥/أ
لأنها هبة محضة ، ويؤخذ البائع بقلعها ، فإذا قلعها فان كان المشتري
عالماً بالحجارة ، فلا أجرة له على البائع في مدة القلع ؛ لأن علمه بها
يجعل زمان قلعها ^(٩) مستثنى ، كما تُقَرَّرُ ثمرة البائع على نخل المشتري
بغير أجرة ؛ لأن العلم بها يجعل زمان تركها ^(١٠) مستثنى .

(١) ذكرها الرافعي في الفتح ٢٤/٩ ، والنووي في الروضة ٥٣٩/٣ ،
والسبكي في تكملة ٢٠٤/١١ .

(٢) غير ساقط من د .

(٣) في أ : " مضر " في الموضعين . والتصويب من ب ، ج .

(٤) أ ، ب " مضر " والتصويب من ج .

(٥) ما بين القوسين ساقط من د .

(٦) أ ، د : " مضر " والتصويب من ب ، ج .

(٧) هذا هو الوجه الصحيح ، وهو المذهب . وفي وجهه هو لا يجبر
على ذلك . انظر : الفتح ٢٤/٩ والروضة ٥٤٠/٣ والتكلمة

٥٤٩٥/١١

(٨) ما بين القوسين ساقط من د .

(٩) د : " زمان تركها " وهو خطأ .

(١٠) ب : زمان بقائها .

وإن كان المشتري غير عالم بالحجارة اعتبر زمان القطع فان كان يسيراً لا يكون لمثله أجره كيوم أو بعضه ، فلا أجره على البائع . وإن كان كثيراً يكون لمثله أجره ، نظرفيه .

فان كان بعد قبض المشتري ، وجب على البائع أجره المثل ^(١) ، لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة . ووجب عليه أيضاً تسوية الأرض وإصلاح حفرها بقطع الحجارة ^(٢) .

وإن كان ذلك قبل قبض المشتري ، فهل يجب على البائع الأجرة أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : تجب عليه الأجرة لتفويته على المشتري ما ملكه من المنفعة ، كما لو كان بعد القبض .

والوجه الثاني - وهو مذهب جمهور أصحابنا - : لا أجره عليه ؛ لأنّ منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض . فأما تسوية الأرض وإصلاح حفرها فلا يجب على البائع وجباً واحداً ^(٣) . لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ ؛ لأنه عيب ونقص . كما لو اشترى عبداً فقطع البائع يده قبل القبض ، لم يجب للمشتري أرض ، لكن يستحق به خيار الفسخ ؛ (لأنه عيب ونقص ، وإن كان بعد القبض ، لزمه تسوية الحفر وجباً واحداً ، ولا خيار للمشتري . كما لو اشترى عبداً وقبضه ، فقطع البائع يده ، لزمه ^(٤) الأرض وجباً واحداً ، ولا خيار للمشتري) ^(٥) لحدوث النقص ^(٦) . فهذا القسم الأول .

- (١) أي على الصحيح . قاله السبكي في تكملة ٢٩٥ / ١١ .
 (٢) وحكى السبكي فيه طريقين . أحدهما : القطع بالوجوب . وهو قول الماوردي . والثانية : أنه على وجهين ، انظر : المرجع السابق .
 (٣) حكى السبكي فيه طريقين . أحدهما : أنه لا يجب على البائع قولاً واحداً والثانية : فيه وجهان .
 (٤) ج : " فله " وهو تصحيف .
 (٥) ما بين القوسين ساقط من ب .
 (٦) لحدوث النقص : أثبتته من ب ، ج . وهو ساقط من أ ، د .

- فصل -

وأما القسم الثاني : وهو أن يكون تركها مضراً^(١) لقربها من عروق الغراس والزرع ، وقلعها مضراً^(٢) لما في الأرض من غراس وزرع ، فلا يخلو حال المشتري من ثلاثة أحوال : إما أن يكون عالماً بالحجارة وبضررها . أو غير عالم بالحجارة ولا بضررها (أو يكون عالماً^(٣) بالحجارة غير عالم بضررها .

فإن كان عالماً بالحجارة وبضررها^(٤) فلا خيار له (فسي الفسخ ، ولا أجر له)^(٥) في القطع ، لأن العلم بالعيب يمنع من الخيار . والعلم بالحجارة يمنع من استحقاق الأجرة .

وإن كان غير عالم بالحجارة^(٦) وبضررها ، فله الخيار في الفسخ لأجل ما يلحقه من الضرر والنقص . فإن فسخ رجع بالثمن ، وإن أقام كانت الأجرة مستحقة على ما مضى . وهو أن ينظر في الزمان . فإن كان / يسيراً فلا أجر فيه . وإن كان كثيراً نظراً . فإن كان بعد ٨٥/ب القبض استحق الأجرة وتسوية الأرض . وإن كان قبل القبض ففي استحقاق الأجرة وجهان . ولا يلزم تسوية الأرض .

وإن كان المشتري عالماً بالحجارة غير عالم بضررها ، استحق الخيار في الفسخ لعدم علمه بالضرر^(٧) . ولا يستحق الأجرة إن أقام ، لعلمه بالحجارة ، وأن^(٨) العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى .

- (١) أثبتته من ج ، وفي سائر النسخ : " مضراً " في الموضعين وهو خطأ .
 (٢) أ : " عالم " والتصويب من ب ، ج .
 (٣) ما بين القوسين ساقط من د .
 (٤) ما بين القوسين ساقط من د .
 (٥) بالحجارة : ساقطة من د .
 (٦) ب : بضررها .
 (٧) ج : بدون " أن " .

وعلى جميع الأحوال ليس للبائع إقرار الحجارة في الأرض إن

أقام المشتري على البيع . فهذا القسم الثاني .

- فصل -

وأما القسم الثالث : وهو أن يكون تركها غير مضر ، لبعدها من

عروق الغراس والزرع ، وقطعها مضرًا ^(١) ؛ لما في الأرض من غراس وزرع

وهي مسألة الكتاب ، فلا يخلو حال المشتري من أن يكون عالما بالحوال ،

أو غير عالم .

فإن كان عالما بالحوال فللبائع قطع حجارتها ، ولا خيار للمشتري ،

ولا أجرة ؛ لأجل علمه ، فلو كان المشتري قد غرس عليها أوزع ، كان

للبيع قطع غرسه وزرعه ، ليصل إلى قطع حجارتها .

وإن كان المشتري غير عالم بالحوال ، قيل للبائع : أتسمح ^(٢)

بترك الحجارة ؟ فإن سمح بها لزم البيع وسقط خيار المشتري . ولم يكن

له أن يمتنع ^(٣) من قبولها ليثبت له الفسخ .

فإن قيل : فهذه هبة ، والهبة لا يلزم قبولها ^(٤) .

قيل : ليس المقصود بتركها الهبة حتى لا يلزم قبولها . وإنما

المقصود بتركها إسقاط الضرر عن المشتري فيما يلحقه بالقطع . فخرج ^(٥)

عن معنى الهبة . وسقطت فيه المكافأة والمنفعة .

(١) أثبتته من ج . وفي سائر النسخ " مضر " بالرفع وهو خطأ .

(٢) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : " تسمح " بدون الهمزة .

(٣) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : وليس له المنع .

(٤) انظر : التتبيه ص ٩٤ ، والمهذب ١/٤٥٣ .

(٥) د : " فجري " وهو تصحيف .

ثم ليس للبائع إذا سمح بها أن يرجع فيها ^(١) . سواء ^(٢) وجد من المشتري القبول أم لا ، لأنه يجري مجرى الإبراء الذي لا يجوز فيه الرجوع ولا يعتبر فيه القبول .

وإن قال البائع : أريد قطعها ولست أسمح بها . قيل للمشتري : هذا عيب تستحق به الخيار . فإن فسخ رجع بالثمن . وإن أقام لم يخل حال الأرض التي يضرّ بها قطع الحجارة من ثلاثة أحوال : إمّا أن يكون فيها غرس متقدّم قد دخل في البيع ، أو يكون فيها غرس قد استحدثه المشتري بعد البيع ، أو يكون فيها زرع .

فإن كان فيها غرس متقدّم قبل البيع يضرّ به قطع الحجارة ، فللبائع قطع حجارته . وينظر ، فإن قطعها بعد القبض فعليه أجره مثل المدّة ^(٣) . إن طالت ، وأرض ما نقص الغرس بالقطع ، وتسوية الأرض . وإن كان قبل القبض ، لم يلزمه أرض نقص الغرس ، ولا تسوية الأرض ^(٤) . وهل يلزمه الأجرة أم لا ؟ على وجهين . ^(٥)

-
- (١) وهذا بنبني على أن ترك البائع لها يعتبر تملكاً . وفيه وجهان . أحدهما : أنه تملك ، ليكون في مقابلة ملك حاصل . ومه أجاب الماوردي هنا . وأظهرهما : أنه قطع للخصومة ، لا غير . وينبني على الوجهين ما لو قطعها المشتري يوماً ما ، أو بدا للبائع في تركها ، هل يمكن من الرجوع . والأكثرون أن له ذلك ، ويعود خيار المشتري ، وهو القياس . وقال الإمام - وهو رأي الماوردي - لا رجوع . ويلزم الوفاء بالترك ، إلّا إذا جرت حال يزول فيها المعنى المقتضى للترك . انظر : تكملة السبكي ٣٠٧/١١ .
- (٢) أثبتته من ج ، وفي سائر النسخ " سوى " وهو خطأ .
- (٢) تلزمه الأجرة على الصحيح ، انظر : تكملة السبكي ٣٠٩/١١ .
- (٤) الغرس : أثبتته من ب ، وفي سائر النسخ : " الأرض " وهو خطأ .
- (٥) أصحهما : لا تلزمه الأجرة . التكملة ٣١٠/١١ .

وإن كان الغرس قد استحدثه المشتري بعد البيع، فهذا لا يكون

إلا بعد القبض / فتلزمه الأجرة، وتقص الغرس، وتسوية الأرض. ولا ٨٦/أ
يلزم البائع ترك حجارته الى تقضى مدة الغراس.

وإن كان فيها زرع، فزرع المشتري يكون بعد قبض الأرض.
وعلى البائع ترك حجارته الى تقضى مدة الزرع؛ لأنه زرع غير متعده به،
فلا يقطع زرعه قبل حصاه.

والفرق بينه وبين الغرس: أن الغرس^(١) موضوع للاستدامة وليس
لمدته حدّ وغاية. والزرع موضوع للاخذ، ولمدته غاية وحدّ.
فإذا حصد المشتري زرعه، قطع البائع حينئذ حجارته، ولزمه^(٢)
الأجرة، وتسوية الأرض. فهذا القسم الثالث.

- فصل -

وأما القسم الرابع: وهو أن يكون تركها مضرًا^(٣) لقربها من عروق
الغراس^(٤) والزرع، وقطعها غير مضر لأنه ليس عليها غراس ولا زرع،
فالبائع في هذا مجبور على قطع الحجارة لدفع الضرر عن المشتري، ولا خيار
للمشتري؛ لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه.
ثم القول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى. إن كان
بعد القبض لزمه الأجرة، وتسوية الأرض.^(٥) وإن كان قبل القبض لا يلزمه
تسوية الأرض^(٥) وفي الأجرة وجهان.

(١) أن الغرس: ساقط من د.

(٢) ب، ج: ولزمته.

(٣) أ، د: "مضر" والتصويب من ب، ج.

(٤) د: عروق الشجر.

(٥) مابين القوسين لا يوجد في كل النسخ ولكن السياق يقتضي إثباته.

ولو (١) كان ترك الحجارة مضرًا (٢) بالغراس دون الزرع ،
لزم البائع قلعها وجها واحدا . بخلاف الحجارة المخلوقة ؛ لأن الحجارة
المستودعة تدليس من البائع يمكن دفعه (٣) . والمخلوقة بخلافه
والله أعلم. (٤)

* * *

-
- (١) ب : وان .
(٢) أ ، د : "مضر" والتصويب من ب ، ج .
(٣) من ج ، د . وفي أ ، ب : "رفعه" وهو تصحيف .
(٤) ب : بدون : "والله أعلم" وفي د : "والله أعلم بالصواب" .

(١)

[- باب الوقت الذي يحل فيه بيع الشار ، وردّ الجائحة -] من كتب

قال الشافعي رحمه الله : (أخبرنا مالك ، عن حميد ^(٢)) ، عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشار حتى تزهى . قيل : يا رسول الله ! وما تزهى ؟ قال : حتى تحمر . ^(٣)

قد ذكرنا في الباب الماضي الحكم في بيع النخل دون الثمرة . وفي بيع الثمرة مع النخل . وهذا الباب مقصور على بيع الثمرة دون النخل . ولا يخلو حال الثمرة المبيعة من أحد أمرين : أن تكون بادية الصلاح ، أو غير بادية الصلاح .

فان كانت غير بادية الصلاح فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام : أحدها : أن تباع بشرط التبقية . والثاني : أن تباع بشرط القطع . والثالث : أن تباع بيعاً مطلقاً .

(١) : ٣ : باب لا يجوز بيع الشر حتى يبدو صلاحه .

(٢) هو أبو عبيدة حُمَيْد بن أبي حُمَيْد - تَمِيم - الطويل ، البصري ،

الخُزاعي مولا هم . اختلف في اسم أبيه على نحو عشرة أقوال . ولُقِّب بالطويل للطول في يديه . وهو ثقة جليل ، ولكنه يدلس عن أنس . قال شعبة : لم يسمع حميد من أنس إلا أرمصة أو ثلاثة أحاديث . والباقي سمعه من ثابت ، وأوثبته فيه ثابت . توفي سنة ١٤٢ ، وقيل ١٤٣ هـ وهو قائم يصلي ، وله ٧٥ سنة .

انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٣٨/٣ ، ولسان الميزان

١/٦١٠ ، والخلاصة ص ٩٤ ، والكشاف ١/٢٥٦ ، والتقريب ص ٨٤ .

(٣) انظر مختصر المزني ٢/١٢٦ ، والامم ٣/٤١ . والحديث أخرجه أيضاً : البخاري ١٠٧٣

ومسلم ٣/١١٩٠ ، والنسائي ٧/٢٣٢ ، ومالك في الموطأ ٢/٦١٨ ، والبيهقي ٥/٣٥٠

والطحاوي في شرح المعاني ٤/٢٤٠ . كلهم بزيادة في آخره :

" قال : أرأيت إذا منع الله الثمرة ، بهم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ "

قال ابن حجر في التلخيص (٣/٢٨) عن هذه الزيادة بأنها موقوفة من قول أنس ، وأن رفعها وهم .

فأما القسم الأول : وهو أن تباع بشرط التبقية والترك ، فبمعها باطل ^(١) ، لما روى : " أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي . قيل : وما تزهي ؟ قال : حتى تحمر " .

وروى سعيد ^(٢) ، عن جابر ، قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم / أن تباع ثمرة حتى تشقق . قيل : وما تشقق ؟ قال : حتى تحمر وتصفر ويؤكل منها " . ^(٣)

وروى نافع ، عن ابن عمر : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار ^(٤) حتى يبدو صلاحها " . ^(٥)

(١) نقل فيه الإجماع ابن قدامة في مغنيه ٦٣/٤ ، والسبكي في تكملة جوازه ٣١٢/١١ ، وابن رشد في بدايته ٢٤/٢ ونقل عن اللخمي وقال الحافظ في فتحه ٣٩٤/٤ : " وقيل : يجوز مطلقا ولو بشرط التبقية . وهو قول يزيد بن أبي حبيب . قال : وهم من نقل الإجماع فيه " .

(٢) هو أبو الوليد سعيد بن مينا ، مولى البختری بن أبي ذياب ، المكي ، ويقال المدني . روى عن جابر ، وأبي هريرة . وعنه أيوب السختياني ، وسليم بن حيان وغيرهما . ثقة . أنظر : الجرح ٦١/٤ ، وتهذيب التهذيب ٩١/٤ ، والتقريب ص ١٢٦ ، والكاشف ٣٧٣/١ .

(٣) أخرجه البخاري ١٠١/٣ ، ومسلم ١١٧٥/٣ ، وأبو داود ٢٥٣/٣ وأحمد ٣٢٠/٣ ، ٣٦١ ، والبيهقي ٣٠٠/٥ قال ابن الأثير في نهايته ٤٨٩/٢ : " يقال أشقت البُسرة وشقت إشقاها و تشقيا ، والاسم : الشقة " .

(٤) د : عن بيع النخل .

(٥) أخرجه البخاري ١٠٠/٣ ، ومسلم ١١٦٥/٣ ، وأبو داود ٢٥٢/٣ ، والنسائي ٢٣١/٧ ، وابن ماجه ٧٤٧/٢ ، ومالك في موطنه ٦١٨/٢

وروى أبوهريرة : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع

النخل حتى يحرز من كل عارض : (١)

وروى حميد ، عن أنس : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى

عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة . (٢)

== والشافعي في الأم ٤١ / ٣ ، والبيهقي ٢٩٩ / ٥ ، والدارمي

٢٥٢ / ٢ ، كلهم بزيادة في آخره : " نهى البائع والمبتاع " وروى

الشافعي بدون هذه الزيادة أيضا .

(١) أخرجه أبو داود ٢٥٢ / ٣ بلفظ : " نهى رسول الله صلى الله

عليه وسلم عن بيع المغنم حتى تقسم ، وعن بيع النخل حتى تحرز

من كل عارض ، وأن يصلى الرجل بغير حزام " وأحمد ٣٨٢ / ٢ ،

٤٥٨ ، ٤٧٢ بنحو أبي داود . والحديث سكت عنه أبو داود . ولكن

يوجد في إسناده رجل مجهول ، وهو " مولى لقريش " ومن أجله

ضعفه المنذرى في تلخيصه ٤٢ / ٥ .

(٢) لم أجده من حديث أنس . ورواه مالك في الموطأ ٦١٨ / ٢ ،

والشافعي في الأم ٤١ / ٣ ، كلاهما من حديث عمرة بنت عبد

الرحمن مرسلا . ووصله الدارقطني - كما في التلخيص الحبير

١٨ / ٣ - عن عمرة عن عائشة . ورواه أحمد أيضا ٦٠٢٠ / ٦ ، (من

طريق عمرة عن عائشة موقوفا بلفظ : " لا تبيعوا ثماركم حتى يبدو

صلاحها وتنجو من العاهة " قال الهيثمي في مجمع (١٠٢ / ٤)

رواه أحمد ورجاله ثقات .

كما رواه ١٦٠ / ٦ من حديث عمرة عن عائشة مرفوعا أيضا بلفظ : " أن

النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تباع الثمرة حتى تنجو من

العاهة " وضعفه من أجل أبي خارجة .

هذا ، وقد روى من حديث ابن عمر مرفوعا بلفظ : " نهى عن

بيع الثمار حتى تذهب العاهة ، قال عثمان - أحد رواة الحديث -

فقلت لعبد الله متى ذاك ؟ قال : حتى تطلع الشرا " أخرجه

الشافعي في الأم ٤١ / ٣ ، وأحمد ٥٠ / ٢ ، والبيهقي ٣٠٠ / ٥ .

وفي النهاية لابن الأثير (٣٢٤ / ٣) : " العاهة : هي الآفة

التي تصيب الثمار فتفسدها . "

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : * أرأيت لو منع ^(١) الله
 الشجرة فبم ^(٢) يأخذ أحدكم مال أخيه * ^(٣)
 فهذه خمسة أحاديث تنع عن بيع النمار قبل بدو الصلاح ^(٤)
 وألفاظها وإن كانت مختلفة فمعانيها متفقة ، فيحتمل أن يكون النبي
 صلى الله عليه وسلم قال هذه الألفاظ المختلفة ^(٥) في أزمان مختلفة ،
 فنقل ^(٦) كل واحد من الرواة ما سمعه من لفظه ، ويحتمل أن يكون النبي
 صلى الله عليه وسلم قال أحد هذه الألفاظ ، فنقل كل واحد من الرواة
 المعنى ^(٧) وعبر عنه بغير ذلك اللفظ . وكان اختلاف الألفاظ من جهة
 الرواة ، ويجوز عندنا مثل هذا أن يعتبر الراوى عن المعنى ^(٧) بغير ^(٨)
 اللفظ المسبوع إذا كان المعنى جلياً . ^(٩)

-
- (١) ب ، ج : إن منع .
 (٢) فهم : أثبت من ج . وفي سائر النسخ : بم .
 (٣) هذا جزء من حديث أنس الذي تقدم في أول الباب وقد ورد في
 المستدرک ٣٦/٢ مختصراً أيضاً .
 (٤) ب : حتى يبدو الصلاح .
 (٥) المختلفة : ساقطة من د .
 (٦) أثبت من ب . أ ، د : * وينقل * ج : * ينقل * .
 (٧) ما بين القوسين تكرر في ب .
 (٨) في أ * بعين * والتصويب من باقي النسخ .
 (٩) قلت : لا خلاف بين العلماء أن المحافظة على ألفاظ الحديث
 وحروفه أمر حسن مرغوب فيه . وكذلك اتفقوا على أن الراوى إذا لم
 يكن عالماً بالألفاظ ومدلولاتها ومقاصدها ، ولا خبيراً بما يحيل
 معانيها ، ولا بصيراً بمقدار التفاوت بينها ، لم تجزله رواية
 ما سمعه بالمعنى ، بل يجب أن يحكى اللفظ الذى سمعه
 من غير تصرف فيه .
 ===

.....

==
ثم اختلفوا في جواز الرواية بالمعنى للعالم العارف الخبير. فمنعها
أيضا كثير من العلماء بالحديث والفقه والأصول، منهم ابن سيرين،
وأبو بكر الرازي من الحنفية، وروى عن ابن عمر أيضا.
ومعظم قيد المنع بالأحاديث المرفوعة، وأجازها فيما سواها،
وهو محكى عن الإمام مالك.
ومعظم قال بجوازها إذا نسي اللفظ وتذكر المعنى؛ لأنه وجب
عليه التبليغ، وقد تحل اللفظ والمعنى وعجز عن أحدهما، فيلزمه
أداء الآخر.

وقيل: عكسه، وهو الجواز لمن يحفظ اللفظ ليتمكن من التصرف
فيه، دون من نسيه.
وقيل: وهو قول ابن العربي - بجواز ذلك للصحابة دون غيرهم؛
لأن الصحابة اجتمع فيهم أمران: الفصاحة والبلاغة بالجمل
والسليقة. وشاهدة أفعال النبي صلى الله عليه وسلم وسماع أقواله،
فأفادتهم الشاهدة عقل المعنى جملة واستيفاء القصد كله.
وليس من أخبركم عاين.

وزهب جمهور السلف والخلف منهم الأئمة الأربعة إلى جواز
الرواية بالمعنى للعالم الخبير إذا أدّى معنى اللفظ الذى بلغه.
وهذا هو المذهب الصحيح؛ لأن ذلك هو الذى تشهد به أحوال
الصحابة والسلف الأولين، فإنهم كانوا كثيرا ما ينقلون معنى واحدا
بألفاظ مختلفة. وما ذلك إلا لأن معولهم كان على المعنى دون
اللفظ.

ولأنه يجوز بالإجماع شرح الشريعة وتبليغها للعجم بلسانهم
للعارف به. فإذا جاز الإبدال بلغة أخرى، فجوازه بالعربية
أخرى.

وهذا الخلاف إنما هو في غير الأحاديث التى تتعلق بالعقائد
كذات الله وصفاته، والأحاديث التى يتعبد بها، كالأدعية
المأثورة والأذكار السنونة. والأحاديث التى تشتمل على جوامع
الكلم، فإن هذه كلها تؤدى بلفظها دون معناها. انظر فسي

وأما القسم الثاني : وهو أن تباع بشرط القطع ^(١) ، فالبيع جائز ، ^(٢) لأنه لما منع من بيعها لأن تنجو من العاهة وأن لا تعطب ، فبأخذ الرجل ملك أخيه . وكان اشتراط قطعها يوجب من معه عطفها ^(٣) وحدوث العاهة بها صح البيع . فلوسمح البائع بعد اشتراط القطع على المشتري بترك الشرة الى بدو الصلاح جاز لصحة العقد ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك .

وأما القسم الثالث : وهو أن تباع بيعا مطلقا ، لا يشترط فيه التبقية والترك ، ولا يشترط فيه القطع ، فمذهب الشافعي ^(٤) رحمه الله أن البيع باطل .

== هذا الموضوع :

- الرسالة ص ٢٧٠ وما بعدها ، والبرهان ٦٥٥/١ ، وعلوم الحديث لابن الصلاح ص ١٩٠ ، والكفاية للخطيب ص ٢٦٥ ، وفتح المغيب ٢١٢/٢ ، والتدريب للسيوطي ٩٨/٢ ، وكتاب الوسيط في علوم مصطلح الحديث لأبي شهبه ص ١٤٤ .
- (١) قال النووي في روضته (٥٤٤/٣) : وإنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعا به كالحصرم واللوز ونحوهما . فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والكثري فلا يصح بيعه بشرط القطع أيضا .
- (٢) ذكر الإجماع على جوازه ابن حزم في المحلى ٤٢٥/٥ ، وابن رشد في البداية ١٢٤/٢ ونقلا عن الثوري وابن أبي ليلى منع ذلك . قال ابن رشد : " وهي رواية ضعيفة " وابن قدامة في المغني ٦٣/٤ ، والرافعي في الفتح ٦١/٩ .
- (٣) المعطب : الهلاك ، وبابه طرب . كما في المختار ص ٤٣٩ .
- (٤) قلت : وهو مذهب مالك وأحمد وجسور أهل العلم أيضا . انظر في مذهب الشافعي : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٨٨/١ ،

===

وقال أبوحنيفة^(١) : البيع جائز ، ويؤخذ المشتري بقطعها فسي

الحال بناءً على أصله في أن إطلاق العقد يقتضي تعجيل القطع ، لأن من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير ، والتسليم لا يتم إلا بالقطع . وإذا كان إطلاق العقد فيها يقتضي تعجيل قطعها ، ثم ثبت أنهما لو شرطتا تعجيل القطع صح العقد ، فكذا مع إطلاق العقد المقتضي تعجيل القطع .

قال : ولأن العقد إذا أمكن حمله على وجه يصح ، لم يجز أن يحمل على وجه الفساد . فوجب أن يحمل إطلاق العقد على القطع ليصح . ولا يحمل على التبقية لفسد .

ولأنها ثمرة لم يشترط تركها فجاز بيعها ، كالمشروط قطعها .

ولأن كل ثمرة / جاز بيعها بشرط القطع جاز بيعها على الإطلاق ، ٨٧/أ كالبادية الصلاح .

ودليلنا : ما روينا من الأحاديث الخمسة باختلاف ألفاظها واتفاق معانيها أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبذرها . فكان الاستدلال بها من وجهين :

=== والفتح ٦١/٩ ، والروضة ٥٥٣/٣ ، والتكملة ٤١٢/١١ ، والمغني

٨٨/٢ ، والنهاية ١٤٦/٤ ، وشرح المحلى ٢٣٣/٢ .

وفي مذهب مالك : البداية ١٢٤/٢ ونسبه إلى الليث أيضا .

والقوانين ص ٢٨٧ وحكسى قولين عن مالك . والخرشي

١٨٥/٥ .

وفي مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٦٣/٤ ، والإفصاح ٢٢١/١ ،

والكشاف ٢٦٩/٣ .

(١) انظر : الهداية مع الفتح ٢٨٧/٦ ، وبدائع الصنائع ٢٩٩٦/٦ ،

والبحر الرائق ٣٢٤/٥ ، والتبيين ١٢/٤ ، والفتاوى الهندية

١٠٦/٣ ، والدرر مع الررد ٥٥٤/٤ .

أحدهما : أنَّ النهي توجه إلى المعهود من البياعات. والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقيده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجها إلى البيع المطلق دون العقد .

والاستدلال الثاني منه : أنَّ النهي لا يخلو من أن يتوجه إلى بيعها بشرط القطع ، أو على شرط الترك ، أو على الإطلاق . فلم يجز أن يحمل على شرط القطع لجوازه إجماعا . ولا على شرط الترك لأنَّ النهي ورد مطلقا . فثبت أنه محمول على البيع المطلق .

ولأنَّ إطلاق العقد يقتضي التيقية والترك ، لأنَّ العرف في القبض يجرى مجرى الشرط . والعرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجداد ، فصار المطلق كالمشروط تركه . ثم ثبت أنَّ اشتراط تركها مبطل للبيع ، فكذا إطلاق عقدها الذي يجرى بالعرف مجرى اشتراط تركها ، يجب أن يكون مبطلا للبيع .

ولأنَّها ثمرة لم يبد صلاحها ، فوجب أن لا يصحَّ إفراد بيعها من غير اشتراط قطعها قياسا على بيعها بشرط الترك .

وأما الجواب عما ذكره من أنَّ إطلاق عقدها يقتضي تعجيل قطعها ، فهو أنها دعوى يخالف فيها . وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وإنما هو برفع اليد والتمكين .

وأما حمله على وجه الصحة فغير مسلم ، وإنما يحمل على ما يقتضيه إطلاقه ، ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد .

وأما قياسه على المشروط قطعه فلا يصح ، لأنَّ المطلق يقتضي الترك ، فبطل . والمشروط قطعه لا يقتضي الترك ، فصح .

وأما قياسه على ما بدا صلاحه فلا يصح من وجهين :

أحدهما : أنه يرفع النص فكان مَطْرَحًا .

والثاني : أنَّ ما بدا صلاحه قد نجا من المعاهة وجاز بيعه

بشرط الترك ، فلذلك جاز مطلقا . وليس كذلك ما لم يبد صلاحه .

- فصل -

وأما إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها ، وهو يملك نخلها التي هي عليه ببيع متقدّم ، أو هبة ، أو وصيّة ، فهل يلزم اشتراط القطع في ابتياعها ؟ على وجهين : (١)

أحدهما : يلزم . فان لم يشترط / فيها القطع فسد البيع ، لأنها ب / ٨٧
ثمرة قد أفردت بعقد البيع .

والوجه الثاني : أنّ اشتراط قطعها لا يلزم ، لأنها تصير تبعاً للنخل في الملك ، كما لو اشتراها مع النخل . فهذا هو (٢) الكلام فيما لم يبد صلاحه .

- فصل -

وأما ما بدا صلاحه من الشارفاً يخلو بيعها (٣) من ثلاثة أقسام :
أحدها : أن تباع بشرط القطع ، فيجوز بيعها إجماعاً . (٤)
والقسم الثاني : أن تباع بشرط الترك الى وقت الجداد . فيجوز بيعها ولم يلزم تركها . (٥)

(١) أصحّها عند الجمهور هو الوجه الأول ؛ لشمول الخبر والمعنى ، فإنّ البيع هو الثمرة ، ولو تلفت لم يبق في مقابلة الشرطي ، ولكن يجوز له الإبقاء ولا يلزم الوفاء بالشرط ههنا إن لا معنى لتكليفه قطع ثماره من أشجاره . انظر : الفتح ٦٥ / ٩ ، والروضة ٥٥٤ / ٣ .

(٢) هو : لا يوجد في ب ، ج ، د .

(٣) أثبتته من ب ، وفي سائر النسخ : بيعه .

(٤) نقل الإجماع عليه السبكي في التكملة ٤٣٤ / ١١ ، والمواق في التاج والإكليل ٥٥٠ / ٤ .

(٥) انظر : تكملة السبكي ٤٣٤ / ١١ وفيها : " وبه قال محمّد بن الحسن ،

وقال أبو حنيفة^(١) : بيعها باطل احتجاجا بأنها عين بيعت بشرط تأخير القبض ، فوجب أن يكون بيعها باطلا كالعروض والأشياء .
ولأنها ثمرة بيعت بشرط الترك فوجب أن يكون بيعها باطلا ، كالثمرة التي لم يبد صلاحها .

ودليلنا : نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة^(٢) حتى يبدو صلاحها . فجعل غاية النهي بدو الصلاح ، والحكم بعد الغاية يجب^(٣) أن يكون مخالفا لما قبلها . فلما لم يجز اشتراط الترك قبل بدو الصلاح ، اقتضى أن يكون اشتراطه بعد بدو الصلاح جائزا^(٤) .
ولأن الشرط إذا كان موافقا للعرف لم يقدح في صحة العقد ، وقد ذكرنا أن العرف في الثمار تركها الى وقت الجداد ، وهذا لا يفسد العقد ، وكذا ما وافقه من الشرط .

وأما الجواب عما ذكره^(٥) من أنه مبيع شرط فيه تأخير القبض فمن وجهين :

أحدهما : أن القبض لم يتأخر ، لأن القبض في الثمار بالتمكين^(٦) منها كالعقار .

=== ومالك وأحمد ، وداود * ورحمة الأمة ص ١٣٩ .

وراجع في مذهب مالك : البداية ١٢٥/٢ ، وفي مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٦٧/٤ ، والإفصاح ٢٢١/١ . وفي مذهب محمد : المراجع الآتية .

(١) وه قال أبو يوسف أيضا . انظر : البدائع ٢٩٩٦/٦ ، والهداية مع الفتح ٢٨٧/٦ ، والتبيين ١٢/٤ ، والبحر الرائق ٣٢٧/٥ ، والدرر مع الرد ٥٥٦/٤ .

(٢) ب ، ج ، الثمار .

(٣) أ ، د : " وجب " والمثبت من ب ، ج .

(٤) جائزا : ساقط من ب ، ج .

(٥) أثبت من ب . وفي سائر النسخ : " ذكره " ويأباه السياق .

(٦) أثبت من ب . وفي سائر النسخ : " التمكين " بدون الباء .

والثاني : أنه لما كان العرف في الثمار تأخير قبضها ، جاز اشتراطه فيها . ولما لم يجز العرف في العروض بتأخير قبضها ، لم يجز اشتراطه فيها .
وأما قياسه على ما لم يبد صلاحه فلا يصح ، لأن السنة قد
فرقت بينهما في الجواز والضع . فهذا حكم القسم الثاني .

وأما القسم الثالث : وهو أن يبيعها مطلقا ، فالبيع جائز ، وللمشتري
تركها الى وقت الجداد . (١)

وقال أبو حنيفة (٢) : يبيعها جائز ، وعلى المشتري قطعها في
الحال ، بناء على أصله في أن إطلاق العقد يقتضي القطع . وإطلاقه عندنا
يقتضي الترك . وقد تقدم القول فيه اعتبارا بالعرف . والله أعلم . (٣)

- مسألة -

قال الشافعي : (وإذا أذن النبي^(٤) صلى الله عليه وسلم في
بيعه إذا صار أحمر أو أصفر ، فقد أذن فيه إذا بدا فيه النضج واستطيع
أكله ، / خارجا من أن يكون كله بلحا . وصار عامته في تلك الحال ١/٨٨
يمنع^(٥) في الظاهر من العاهة ، لغلظ نواه^(٦) في عامة بسره . (٧)

- (١) وهذا مذهب جمهور الفقهاء مالك ، والشافعي وأحمد وغيرهم .
انظر : بداية المجتهد ١٢٥/٢ ، والمغني لابن قدامة ٦٧/٤ ،
ورحمة الأئمة ص ١٣٩ .
- (٢) انظر : البدائع ٢٩٩٦/٦ ، وفتح القدير ٢٨٧/٦ ، والتبيين ١٢/٤
والبحر الرائق ٣٢٧/٥ ، والدر المختار مع رد المحتار ٥٥٦/٤ .
- (٣) انظر في تفريعات هذا الفصل : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ١/٢٨٨ ،
والفتح ٦٠/٩ ، والروضة ٥٩٣/٣ ، والتكملة ٤٣٤/١١ ، والمغني
٨٨/٢ ، والنهاية ١٤٥/٤ ، وشرح المعلى ٢٣٣/٢ .
- (٤) م : بدون " النبي " .
- (٥) هكذا في م . وفي أ ، ب غير منقوط ، ج : تمتنع ، د : تمتنع " .
- (٦) م : نواته .
- (٧) انظر : مختصر الزني ١٦٨/٢ ، والام ٤٢/٣ .

قد ذكرنا أن بدو الصلاح شرط في جواز البيع من غير اشتراط القطع . وقد اختلف الناس في بدو الصلاح . فروى عن ابن عمر ^(١) أن بدو الصلاح في الثمار بطلوع الثريا ^(٢) . وحكى عن عطاء ^(٣) : أن بدو الصلاح بأن يوجد في الشجرة ما يؤكل . وحكى عن النخعي ^(٤) : أن بدو الصلاح بقوة الشجرة واشتدادها .
ومذهب الشافعي ^(٥) : أن بدو الصلاح يختلف باختلاف الأجناس .

- (١) نسبه إليه الشافعي في الأثر ٤١/٣ ، وأحمد في مسنده ٥٠/٢ ، والبيهقي في سننه ٣٠٠/٥ . ونسبه مالك في الموطأ ٦١٩/٢ الى زيد بن ثابت أيضا .
- (٢) الثريا : النجم المعروف . قال في سبل السلام (٤٧/٣) : " والمراد طلوعها صباحا ، وهو أول فصل الصيف ، وذلك عند اشتداد الحرّ ببلاد الحجاز ، وابتداء نضج الثمار ، وهو المعتبر حقيقة . وطلوع الثريا علامة " .
- (٣) نسبه إليه في الأثر ٤١/٣ ، والمفني لابن قدامة ٦٩/٤ ، والتكملة ٤٤٠/١١ وقد نسبه الأخيران إلى ابن عمر وابن عباس أيضا .
- (٤) نسبه إليه السبكي في تكملة ٤٤٠/١١ وقال بعد أن حكى قول عطاء وابن عمر : " وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى . وكأن ابن عمر أطلق طلوع الثريا ، لأنه أو ان طيب الشجرة غالبا عندهم في ذلك الوقت . فتباين اللفاظ عن العلماء في ذلك لا ينبغي أن يعتمد عليه في إثبات اختلاف " .
- (٥) أنظر في مذهبه : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٨٨/١ ، والفتح ٧٢/٩ ، والروضة ٥٥٥/٣ ، والتكملة ٤٤٠/١١ وفيها : " ومذهبنا : أن بدو الصلاح يرجع إلى تغير صفة في الشجرة . وذلك يختلف باختلاف الأجناس . وهو على اختلافه راجع إلى شي واحد مشترك بينهما ، وهو طيب الأكل . وفي ذلك جمع بين حديثي أنس وجابر . فان حديث أنس اعتبر الاشتداد

فبدؤ الصلاح في ثمار ^(١) النخل بالاحمرار والاصفرار . وفي الكرم بالتموه ^(٢) ، الى الحمرة أو السواد ^(٣) . استدلالا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى تزهى . قيل : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمر أو تصفر ^(٤) .

وأما اعتباره بطلوع الثريّا فلا يصح ؛ لأنّ من البلاد ما يتعجّل طلوع الثريّا فيه ، ويتأخّر ^(٥) صلاح ثمره . ومنها ما يتأخّر طلوع الثريّا فيه ، ويتعجّل صلاح ثمره ^(٦) . ولأنّ البلد الواحد قد يتعجّل صلاح ثماره في عام لاشتداد الحرّ ودوامه ، ويتأخّر في عام آخر لاشتداد البرد ودوامه . وطلوع الثريّا لا يختلف بالحرّ والبرد .

=== في الحبّ ، والاسوداد في العنب ، والزهوف في الثمرة . وحديث جابر دّل على اعتبار الطعم في الثمرة ، وهي تشمل العنب وغيره . فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنّه وقت للطعم لا لعينه . فلذلك قال في الحديث : حتى تطيب * .

- (١) ثمار : ساقطة من ج .
- (٢) ج : بالثمرّة ، وهو تصحيف . وفي مغني المحتاج ٩١/٢ نقل عن الصفاني : تمّوه ثمر النخل والعنب : إذا امتلأ ماءً وتهيّأ للنضج .
- (٣) قلت : وهو مذهب مالك وأحمد وجمهور أهل العلم . وعند الحنفية بدؤ الصلاح أن تأمن العاهة والفساد . أنظر : بداية المجتهد ١٢٦/٢ ، والمغني لابن قدامة ٦٩/٤ ، وفتح القدير ٢٨٧/٦ ، تقدّم تخريجه في ص : ٦٤٨ ، هاش (٣) .
- (٤) أثبتته من ب ، ج . أ ، د : ويستأخر .
- (٥) ب : ثماره .

وأما من اعتبره بوجود ما يؤكل منه فليس بصحيح ^(١)؛ لأنّ ثمار النخل قد تؤكل كل طلعا، ثم تؤكل بلحا وخلا ^(٢). والكرم قد يؤكل حصريا ^(٣)، ولا يكون ذلك صلاحا.

وأما من اعتبره بالقوة والاشتداد فغالط؛ لأنّ قوة الثمار قبل صلاحها، وإذا صلحت لانت ونضجت.

- فصل -

وإذا ثبت أنّ بدو الصلاح بما ذكرنا . فبدا صلاح نخلة من حائط، كان بدو الصلاح جاريا على جميع نخل الحائط . ولا يجوز بيع غيره من ثمار البلد الذي لم يبد صلاحها، ولا بيع ما في الحائط من غير ثمار النخل التي لم يبد صلاحها ^(٤).

وقال مالك ^(٥) : إذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع ثمار البلد كله.

(١) ب : فلا يصحّ .

(٢) في كل النسخ "حلالا" والصواب ما أثبتته . و "الخلال" يكون بعد الطلع وقبل البلح .

(٣) الحصرم : أول العنب ما دام حامضا . وقيل : حصرم كل شيء حشغه . ومنه قيل للبخیل حصرم . انظر : المصباح ص ١٣٩ .

(٤) انظر المهذب ٢٨٨/١ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٧٠/٩ ، والروضة ٥٥٥/٣ ، والتكملة ٤٥١/١١ ، ومغني المحتاج ٩١/٢ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٩ : وبه قال أحمد .

راجع في مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٦٧/٤ ، والمقنع ص ١١٢ ، والكشاف ٢٧٤/٣ ، والإفصاح ٢٢٢/١ ، وفيه : "وعنه كمذهب مالك" .

(٥) انظر : المنتقى للباجي ٢١٩/٤ ، والقوانين ص ٢٨٧ ، والمواهب ٥٠٠/٤ ، والبداية ١٢٦/٢ وفيها : "وعند مالك إذا بدا الطيب

وقال الليث بن سعد^(١) : إذا بدا صلاح جنس من ثمار

الحائط ، جاز بيع جميع أجناس الثمار التي في الحائط ، حتى إذا بدا صلاح النخل جاز بيع الكرم والفواكه .

واستدل مالك بأنه لما كان صلاح نخلة من حائط كصلاح جميع

الحائط ، لتقارب بعضه من بعض . وجب أن يكون صلاح / نخل ٨٨ ب حائط من بلد كصلاح جميع نخل البلد ، لتقارب بعضه من بعض ، لأن الهواء ليس يختلف فيه .

واستدل الليث بن سعد بأنه لما لم يميز الجنس الواحد في الصلاح

خوفا من سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، لم تميز الأجناس المختلفة في الصلاح حجاجا وخوفا من سوء المشاركة باختلاف الأيدي .

والدلالة عليهما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن

بيع الثمار حتى تنجو من العاهة^(٢) . والثمرة لا تنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح هي في نفسها .

ثم يقال لمالك : إنما جاز في الحائط الواحد إذا بدا صلاح

بعضه ، لأنه يتساوى في الغالب في السقي والعمارة التي يتعجل الصلاح بها ويتأخر^(٣) بعدمها . وثمار البلد كله لا يتساوى في العمارة والسقي ،

==== في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد .

ومختصر خليل مع الخرشي ١٨٥/٥ وفيه : " وبدؤه في بعض حائط كاف في جنسه إن لم يتكرر " قال العدوي : " أي بأن تسبق بالزمن الطويل الذي لا يحصل معه تتابع الطيب لعرض .

(١) نسبه اليه في المنتقى ٢٢٠/٤ ، والتكلمة ٤٥١/١١ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٩ ، والبداية ١٢٦/٢ ، وفيها : أي ولو كانت هذه الأجناس مختلفة الطيب .

(٢) تقدم تخريجه في ص : ٦٥٠ ، هامش (٢) .

(٣) أثبتته من ج ، وفي سائر النسخ : ويستأخر .

بل تختلف ، فاختلف لذلك زمان صلاحها .

ويقال لليث بن سعد : إنما جاز في الجنس الواحد إذا بدا صلاح بعضه ، لما يلحق من الشقة في تمييزه . ولم يجز في الأجناس المختلفة لارتفاع الشقة في تمييزها .

- فصل -

فإذا تقرّر ما وصفنا اعتبرت بدو صلاح في ضمّ (١) بعض النخار الى بعض بما اعتبرت به التأبير في ضمّ بعضها إلى بعض . فإذا بدا صلاح نوع من أنواع النخل هل يكون صلاحا لجميع ما في الحائط من أنواع النخل ؟ على وجهين . (٢)

وإذا بدا صلاح بعض الحائط ، فأفرد بالعقد (٣) ما لم يبد صلاحه ، كان على وجهين . (٤)

(١) ج : " في ضمن " وهو تصحيف .

(٢) أصحهما : التبعية وأنه لا أثر لاختلاف النوع . وه جزم البندنيجي ، وهو الذي نصّ عليه الشافعي على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الإملاء . انظر : الفتح ٧٠/٩ ، والروضة ٥٥٥/٣ ، والتكملة ٤٥١/١١ .

(٣) ب : فأفردنا العقد .

(٤) وقيل : على قولين . أحدهما : يجوز ؛ لأننا جعلناه في حكم ما بدا فيه صلاح ، فجاز إفراده بالبيع . والثاني - وهو الأصح - : لا يجوز ؛ لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه صلاح تبعاً لما بدا فيه صلاح . وما أجيز بيعه تبعاً لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل . انظر : المهذب ٢٨٨/١ ، مع المراجع السابقة .

ولو كان له حائطان فبدا صلاح أحدهما دون الآخر، فباعهما معا في عقد واحد، لزم اشتراط القطع فيما له يبد صلاحه دون الآخر. وإن باعهما على الإطلاق بطل البيع فيما لم يبد صلاحه^(١). وفي بطلان البيع فيما بدا صلاحه قولان^(٢) من تفريق الصفقة.

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله: ^(٣) (وكذلك كل ثمرة من أصل يرى فيه^(٤) أول النضج لا كام عليها . وللخريز نضج كمنضج الرطب . فإذا روى^(٥) ذلك فيه حلّ بيع خريزه . والقثاء يروى كل صفاراً طيباً . فبدوّ صلاحه أن يتناهى عظمه ، أو عظم بعضه ، ثم يترك حتى تتلاحق صفاره بكباره^(٦) .
إعلم أنّ بدوّ الصلاح قد يختلف بحسب اختلاف الثمار . وجعلتها أنها على ثمانية أقسام:

أحدها : ما يكون بدوّ الصلاح فيه باللون . وذلك في النخل بالاحمرار والاصفرار . وفي الكرم بالحمرة والسواد ، والصفاء والبياض . وأما / الفواكه المتلونة ، فمنها^(٧) ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمش . ٨٩/أ

(١) هذا هو الصحيح المشهور من المذهب الذي جزم به القاضي أبو الطيب وجميع العراقيين . وهو ظاهر نص الشافعي في الأم . ومال إمام الحرمين إلى خلاف ذلك ، لا سيما إذا لم يتباعد الحائطان وليس بينهما الأجدار . وذكر الإمام الغزالي في المسألة وجهين . راجع الأم ٣٥/٣ ، والفتح ٧٠/٩ ، والروضة ٥٥٥/٣ ، والتكلمة ٤٥٥/١١ .

(٢) أنظر : التكلمة ٤٥٦/١١ .

(٣) د : رضي الله عنه .

(٤) د : " بدى فيه " .

(٥) من م ، وفي النسخ : " فإذا رأى " .

(٦) أنظر : مختصر المزني ١٦٨/٢ ، والأم ٤٢/٣ .

(٧) ج : " فمنه " وهو خطأ .

ومنها ما يكون بالحمرة كالْعُنَّاب . ومنها ما يكون بالسواد كالإِجَّاص (١) .
ومنها ما يكون بالبياض كالْتَفَّاح (٢) .

والقسم الثاني : ما يكون بدو صلاحه بالطعم . فمعه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر . ومنه ما يكون بالحموضة كالرَّمان ، فإذا زالت عنه المرارة بالحلاوة أو الحموضة فقد بدا صلاحه .

والقسم الثالث : ما يكون بدو صلاحه بالنضج واللين ، كالتين ، والبطيخ فإذا لانت صلابته فقد بدا صلاحه . (٣)

والقسم الرابع : ما يكون بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ، كالبرّ والشعير ، فإذا بدت قوته واشتداده فقد بدا صلاحه .

والقسم الخامس : ما يكون بدو صلاحه بالطول والامتلاء ، كالعلف والبقول والقصب . فإذا تناهى طوله وامتلاؤه إلى الحد الذي يُجَزُّ عليه فقد بدا صلاحه .

والقسم السادس : ما يكون بدو صلاحه (٤) بالعظم والكبر ، كالقثاء والخيار والباذنجان .

(١) الإِجَّاص : بتشديد الجيم ، فاكهة معروفة ، تسهل الصفراء ، وتسكن العطش وحرارة القلب . وهو المشمش والكشرى بلغة الشاميين ، وهو دخيل ، لأنّ الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة واحدة في كلام العرب ، والواحدة : إِجَّاصة . انظر : القاموس ٣٠٦/٢ ، واللسان ٣/٧ ، والمختار ص ٧ .

(٢) قال السبكي : ومحلّ ذلك فيما يتلوّن عند الإدراك بلون يخالف اللون السابق . ويوجد نوع من التفّاح يكون أخضر في حال كماله كما يكون في صفوه . فبدو صلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته ، التكملة ٤٤٢/١١ .

(٣) قال السبكي في تكملة ٤٤٢/١١ : " وهذا معنى قول غير الماوردي طيب (الأكل) أو الحلاوة . فالعبارات الثلاث متقاربة ، فإن ذلك يحصل في وقت واحد " .

(٤) ما يكون بدو صلاحه : ساقط من ب .

قال الشافعي رحمه الله ^(١) : "والقثاء يؤكل صفاراً طيباً".
يريد أنه يخالف بقية ^(٢) الشار كلها التي لا يطيب أكلها ^(٣) إلا بعد
بدو صلاحها ، والقثاء يطيب أكله صفاراً قبل بدو صلاحه ، ولا يكون استطابة
أكله صلاحاً له ^(٤) حتى يتناهى كبره وعظمه ؛ لأنه عند كبره ينجو
من العاهة .

فلا وجه ^(٥) لانكار محمد بن داود ^(٦) على الشافعي قوله :
"إن القثاء يؤكل صفاراً طيباً" أن ذلك إخبار عن المحسوسات ،
لما بيناه من قصد الشافعي به .

(١) ب : بدون " رحمه الله " .

(٢) بقية : ساقطة من ب .

(٣) د : "كلها" أي بسقوط حرف الهمزة .

(٤) له : ساقط من أ ، د . وأثبت من ب ، ج .

(٥) د : "ولا وجه" ويأباه السياق .

(٦) هو محمد بن داود بن علي بن خلف الظاهري أبو بكر . أديب
مناظر شاعر . أصله من أصبهان . ولد وعاش ببغداد . وتوفي بها
مقتولاً . وهو ابن الإمام داود الظاهري الذي ينسب إليه المذهب
الظاهري . وخلف أباه في حلقة . وله من الكتب الفقهية :
كتاب الإنذار ، وكتاب الأعداء ، وكتاب الانتصار من أبي جعفر
الطبري ، وغيرها . توفي سنة ٢٩٧ هـ وله ٤٢ سنة . انظر
ترجمته في :

الفهرست ص ٣٠٥ ، وطبقات الشيرازي ص ١٧٥ ، وتاريخ بغداد

٢٥٦/٥ ، والبداية والنهاية ١١٠/١١ ، والمنتظم ٩٣/٦ ،

والنجوم الزاهرة ١٧١/٣ .

والقسم السابع : ما يكون بدو صلاحه بانشقاق كمامه ، كالقطن والجوز . فاذا تشقق جوز القطن ، وسقطت القشرة العليا عن جوز الاكل ، فقد بدا صلاحه .

والقسم الثامن : ما يكون بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره ، كالورد والنيلوفر . فاذا انفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه . وورق التوت بدو صلاحه أن يصير كأرجل البط . هكذا قال عطاء والنخعي .
وجملة القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها إلى أدنى أحوال كمالها فتتجوز من العاهة .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله ^(١) : (ولا وجه لمن قال : يجوز إذا بدا صلاحهما ^(٢) ، ويكون لشتريهما ^(٣) ما ينبت ^(٤) أصلهما أن يأخذ كل ما خرج منهما .

وهذا محرم . وكيف لم يجز بيع القتا والخربز حتى يبدو صلاحهما ! كما لم يحل بيع الثمرة / حتى يبدو صلاحها ^(٥) ، ويحل بيع ^(٦) ما لم ير ولم يخلق منهما ^(٧) ! وهذا محرم . الفصل كله ^(٨) ^(٩)

٨٩/ب

-
- (١) د : رضي الله عنه .
(٢) أ ، د : " صلاحها " والتصويب من ب ، ج ، م .
(٣) أ ، د : " لشتريهما " والتصويب من ب ، ج ، م .
(٤) ما ينبت : أثبتته من الأم . وفي ج ، م : " نبت " وفي سائر النسخ : " ثبت " .
(٥) م : " صلاحه " وهو خطأ .
(٦) بيع : ساقط من م .
(٧) أ ، ب ، د : " منها " والمثبت من ج ، م .
(٨) وهذا محرم : لا يوجد في م .
(٩) أنظر : مختصر المزني ١٦٩/٢ وتامه : " ولو جاز لبدا صلاحهما

إذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجوز بيع ما لم

يخلق منه تبعاً لما خلق ، ووجب إفراد العقد بالموجود . (١)

وقال مالك (٢) : يجوز بيع ما لم يخلق منه تبعاً لما خلق استدلالاً

بأن شروط العقد معتبرة بالضرورة . فبيوع (٣) المروض لا يجوز قبل وجودها

لارتفاع الضرورة ، وأما كان بيعها بعد وجودها . والإجارة هي بيع المنافع

قبل وجودها لوجود الضرورة ، وتعذر بيعها بعد وجودها . فلما كان

ما لم يخلق من القثاء والبطيخ يتعذر بيعه إذا خلق ، لا اختلاطه بالأول ،

دعت الضرورة إلى بيعه قبل أن يخلق تبعاً لما خلق .

قال : ولأنه لما كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه

في البيع ، جاز أن يكون ما لم يخلق تبعاً لما خلق في البيع .

== شراء ما لم يخلق منها لجاز لبدو صلاح ثمر النخل شراء ما لم

يحمل النخل سنتين ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن

بيع السنين * والأتم ٤٢/٣ .

(١) وبه قال أبو حنيفة وأحمد والجمهور . أنظر : فتح القدير ٢٩١/٦ ،

والمغني لابن قدامة ٧٠/٤ ، والإفصاح ٢٢٢/١ ، وتكملة السبكي

٤٤٥/١١ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٩ ، والميزان ٥٥/٢ .

(٢) أنظر في مذهبه : المنتقى ٢٢٢/٤ ، والزرقاني ٢٦١/٣ ، والقوانين

ص ٢٨٧ وفيها : " وإذا كانت الشرة تطعم بطناً بعد بطن ،

جاز بيع سائر البطون ببدء صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقاشي

والتين ، خلافاً لهم . فان كانت منفصلة لم يجوز بيع الثاني بصلاح

الأول اتفاقاً * والخرشي ٢٨٦/٥ ، والتاج والإكليل مع العطاء

٥٠١/٤ والشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢٣٧/٣ .

قلت : وبه قال الحلواني والإمام الفضلي من الحنفية ، واستحسنه

شمس الأئمة السرخسي لتعامل الناس به . كما في فتح القدير

٢٩١/٦ .

(٣) ج : " بنوع " وهو تصحيف .

قال : ولأنه لما جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي لا تتميز كالطول والكبر ، جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي تتميز ^(١) ، لأنها جميعاً بيع ما لم يخلق ^(٢) .

ودليلنا : نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر . وهذا البيع من أعظم الفرر ، لأنه يتردد بين الوجود والعدم ، وبين القلة والكثرة ، وبين الرداءة والجودة .

ولأن النخل أثبت من البطيخ أصلاً . وحمله أقل من البطيخ خطراً ^(٣) . فلما لم يجز بيع ما لم يخلق من ثمر النخل تبعاً لما خلق ، فأولى أن لا يجوز بيع ما لم يخلق من البطيخ تبعاً لما خلق .

وتحريره قياساً : أنها ثمرة لا يجوز إفرادها بالعقد ، فوجب إذا لم تدخل في البيع بغير شرط أن لا تدخل فيه بالشرط كالنخل .

ولأنه لما لم يجز بيع ما لم يبد صلاحه مع وجوده وقلة غرره ، فبيع ما لم يخلق أولى أن لا يجوز مع عدمه وكثرة غرره .

وأما الجواب عن استدلاله بالضرورة الداعية إليه ، فدعوى يدفعها العيان ؛ لأنه يقدر على أخذ ما خلق ، وبيعها حالا بعد حال . ولا يقدر على مثل هذا في الإجارة . ويمكنه بيع ما خلق ، والسامحة ^(٤) بما لم يخلق .

وأما استدلاله بأنه لما كان ما لم يبد صلاحه ^(٥) تبعاً لما بدا صلاحه كذلك ما لم يخلق يكون تبعاً لما خلق . فالجواب عنه أن ما لم يبد صلاحه لما جاز إفراده بالعقد ، جاز أن يضم في العقد إلى غيره

-
- (١) من ب . وفي باقي النسخ : " التي لا تتميز " ويأباه السياق .
- (٢) من ب ، ج . وفي أ ، د : " جميعاً تبعاً لما لم يخلق " وهو خطأ .
- (٣) ب : " حصراً " وهو تصحيف .
- (٤) ب ، ج : " والسامحة .
- (٥) ب : " صلاحها " وهو خطأ .

وما لم يخلق لئلا لم يجز إفراده في العقد ، لم يجز أن يُضمَّ في العقد إلى غيره .

وأما استدلاله بالزيادة المتصلة فغير صحيح ، لأنَّ الزيادة المتصلة

تحدث / على ملك المشتري . فلذلك دخلت في البيع بغير شرط . ٩٠/أ
ولو شرط خروجها من البيع فسد العقد . (١) والزيادة المنفصلة تحدث (٢)
على ملك البائع . ولذلك لم تدخل في البيع من غير (٣) شرط ، فوجب أن
يكون اشتراط دخولها في البيع مفسداً (٤) للعقد .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (وكل ثمرة وزرع دونها حائل من
قشر أو كام ، وكانت إذا صارت إلى مالكيها (٥) أخرجوها من قشرها وكامها
بلا فساد (٦) عليها إذا اتَّخروها ، فالذي اختار فيها أن لا يجوز
بيعها في شجرها ولا موضوعة بالأرض ، للحائل دونها (٧) . وقياس ذلك
على شراء لحم شاة مذبوحة عليها جلدها ، للحائل دون لحمها . (٨)
إعلم أنَّ الثمار كلها ضربان : ضرب يكون بارزاً (٩) في شجره
من غير حائل يمنع من شاهده كالتفاح والشمش والخوخ والكشري ، فبيعه

(١) ج : من العقد فسد البيع .

(٢) د : حدثت .

(٣) ب ، ج : بغير .

(٤) من ب . وفي باقي النسخ : " مفسد " وهو خطأ .

(٥) أثبتته من الأثم . أ ، د : " ما يليها " ب ، ج : " مائكيها " م :
" مائكيها " .

(٦) أثبتته من ب ، م ، وفي سائر النسخ : فلا فساد .

(٧) دونها : لا يوجد في م .

(٨) انظر : مختصر المزني ١٧٠/٢ ، والأثم ٤٤/٣ .

(٩) من ب ، ج . وفي أ ، د : " بارز " وهو خطأ .

إذا بدا صلاحه جائز^(١) قائما في شجره وبعد اجتناؤه .

وضرب يكون مستورا بقشر وكما يمنع من شاهدته . وهو على ضربين : أحدهما : أن يكون مستورا بقشرة واحدة . والثاني : أن يكون مستورا بقشرتين .

فأما ما كان مستورا بقشرة واحدة فيتنوع نوعين : نوع لا يتحفظ إلا بقشره ، فإذا أخرج^(٢) منه ذهب رطوبته ، وتغير طعمه ، وأسرع فساده ، كالرمان والبانجان ، فبيع هذا في قشوره^(٣) جائز^(٤) ، لما فيه من كمال منفعة ودوام مصلحته .

ونوع يتحفظ بغير قشره ، كالقطن والمشم والعنبر ، فلا يجوز بيعه في قشره ، لأنه حائل ليس من مصلحته^(٥) . كما لو كان مستورا بثوب . فإذا أخرجوه من قشره جاز بيعه .

وأما ما كان عليه قشرتان فيتنوع أيضا نوعين : نوع لا يبتغي في رطبه بقشرتيه نفع ، ولا يؤكل معهما عرفا كالفسق والبندق^(٦) والجوز ، فلا يجوز بيعه في قشرتيه يابسا ولا رطبا^(٧) . فإذا زالت عنه القشرة العليا جاز بيعه بالقشرة السفلى التي يدخر بها ، لأنه^(٨) يتحفظ بها .

(١) وذلك باجماع أهل العلم . انظر : المجموع ٣٠٧/٩ .

(٢) أثبت من ج . أ . د . " أخرج " ب . " خرج " .

(٣) د : في قشره .

(٤) جائز بلا خلاف ، انظر المجموع ٣٠٧/٩ .

(٥) ج : من منفعة .

(٦) البندق : الجوز ، وقيل : حملة ، واحده بندق . انظر :

اللسان ٢٩/١٠ .

(٧) وفي قول ضعيف حكاه الخراسانيون يجوز ما دام رطبا والمذهب

البطلان مطلقا ، المجموع ٣٠٨/٩ .

(٨) لأنه : ساقط من د .

ونوع يبتغى في رطبه بقشرتيه نفع ويؤكل معهما عرفا ، كالباقلاء .
واللوز الرطب . في فاذا يبس لم يجز بيعه في قشرتيه ^(١) حتى تنزل عنه القشرة
العلية فيجوز بيعه / القشرة السفلى ^(٢) وان كان رطبا في قشرتيه فقد اختلف
أصحابنا في جواز بيعه فيهما .
فذهب البصريون من أصحابنا إلى جواز بيعه في قشرتيه ^(٣) رطبا
اعتبارا بكمال نفعه واستطابة أكله . وهو أيضا قول أبي سعيد الإصطخري ^(٤) .
وذهب البغداديون إلى المنع من بيعه ^(٥) في قشرتيه رطبا كما
يمنع / منه إذا كان يابسا . فهذا شرح مذهبنا فيما كان من الشارح ٩٠/ب
مستورا بقشرة أو كام .

وقال أبو حنيفة ^(٥) : كل قشرة أو كام كان سا ترا للشجرة جاز
بيعها معه بكل حال ، سواء كان فيه مصلحة أم لا . تعويلا على أنه من
أصل الخلقة فجرى مجرى أجزاء الثمرة . وتعلقا بأنه لما جاز بيعه في
إحدى قشرتيه وهي مانعة من مشاهدته ، جاز بيعه في قشرتيه ، إذ ليس
فيهما أكثر من المنع من مشاهدته ؛ لأن ما كانت رؤيته شرطا لم يقع الفرق

- (١) قال النووي في المجموع ٣٠٥/٩ : " لم يجز على قولنا بمنع بيع
الفائب ، فإن جوزناه جاز . هكذا صرح به إمام الحرمين والبهقي
والجمهور . وحكى المتولى وجهها أنه يصح وإن منعنا بيع الفائب .
وهذا شأن ضعيف ؛ لأنه مستور بما لا يحتاج إلى بقاء فيه ،
ولا حاجة إلى شرائه كذلك . "
- (٢) المرجع السابق ، وفيه : " وأدعى إمام الحرمين والغزالي أنه
الأصح ؛ لأن الشافعي رضي الله عنه أمر أن يشتري له الباقلاء
الرطب . "
- (٣) ونسبه الرافعي في الفتح (٨٢/٩) إلى ابن القاص أيضا .
- (٤) نصر عليه الشافعي في الأم (٤٥/٣) وهو الأصح عند البهقي
وآخرين ، وقطعه به الشيرازي في التنبية (ص ٦٦) انظر : المجموع ٣٠٥/٩ .
- (٥) انظر : الهداية مع الفتح ٢٩٣/٦ ، والكنز مع التبيين ١٢/٤ ،
والبحر الرائق ٣٢٩/٥ . قلت : وهو مذهب مالك : القوانين
ص ٢٨٣ ، وكذا مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٧١/٤ ، والإفصاح
٢٢٢/١ .

فيه بين أن يكون ستورا بحائل أو حائلين في بطلان العقد عليه كالمعروض
البيعة . وما لم يكن رويته شرطا لم يقع الفرق فيه بين أن يكون ستورا
بحائل أو حائلين في صحة العقد عليه كالمنكوحة .

ودليلنا : نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر . وفي بيعه
ستورا بقشرة ليست من مصلحته غرر^(١) ؛ لأنه يمنع من معرفة جيده
من رديئه . (٢)

ولأن ما منع من مشاهدته وليس من مصلحته ، فلا فرق فيه^(٣) بين
أن يكون من أصل خلقته أو من غير خلقته في بطلان البيع به ، كلعن
الشاة المذبوحة في جلدها ، والحنطة في سنبلها^(٤) ، والفضة والذهب
في تراب معدنها^(٥) ، فلما كانت هذه كلها بيوعا فاسدة ؛ لأنها
مستورة بما يمنع من مشاهدتها وإن كانت من خلقه أصلها ، وجب أن يكون
حكم الشار مثلبا .

وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

أحدهما : أنه ستور بما ليس من مصلحته ، فوجب أن يكون مبطلا
لبيعه ، كما لو كان ستورا بثوب .

والثاني : أنه مبيع يبطل بما يستر من غير الخلقة ، فوجب
أن يبطل بستر ما لا يصلحه ، وإن كان من أصل الخلقة كاللحم .
وأما الجواب عن قوله : " بأن القشرة من أجزائه " ففاسد بالجلد
هو من أجزاء اللحم ويمنع من جواز البيع ؛ لأن المعتبر بروية الأجزاء
المقصودة ، دون ما ليس بمقصود .

(١) غرر : ساقط من ر .

(٢) ب : ورد يث .

(٣) فيه : ساقط من ر .

(٤) ب ، ج : في تنبلها .

(٥) أ : " معدنها " والتصويب من باقي النسخ .

وأما الجواب عن تعلّقه بأنّه مستور باحدى قشرتيه فجاز أن يكون
مستورا بالقشرة الأخرى ، فهو ^(١) أنّ إحدى القشرتين من مصلحته ^(٢) ،
وفي رؤيتها تنبيه ^(٣) على جودته وورائته (ولا يقتضي ذلك جواز ستره
بحائل من ثوب . فكذا بالقشرة العليا ^(٤) التي هي ^(٥) بهذا ^(٦)
الحكم ^(٧) .

- سألّة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولم أجد أحدا من أهل العلم يأخذ
عشر الحبوب في كأمها ^(٨) . ولا يجيز بيع الحنطة بالحنطة في سنبلها .
فان قال قائل : أجز ^(٩) بيع الحنطة في سنبلها ، / لزمه أن ١١/أ
يجيزه في تنبها ^(١٠) ، وقصّة في تراب بالتراب ^(١١))
أما بيع الزرع بقل أو قصيلا قبل اشتداده وبهسه فلا يجوز مطلقا
ولا بشرط التبقية ، لما يخاف عليه من الجائحة . ويجوز بشرط القطع كالشمر
قبل بدو الصلاح .

- (١) ب : " وهو " خطأ .
- (٢) ج : من منفعتة .
- (٣) أثبتة من ج ، د . أ : " تنبه " ب : " بينة " .
- (٤) ب : " العليا " بسقوط اللام .
- (٥) ما بين القوسين ساقط من د .
- (٦) في أ : " فهذا " والتصويب من سائر النسخ .
- (٧) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ١ / ٢٧١ ، والفتح
٨١ / ٩ ، والروضة ٥٥٨ / ٣ ، والمنهاج مع المغني ٩٠ / ٢ ،
وشرح المحلى ٢ / ٢٣٤ .
- (٨) م ، والأتم : أكأمها .
- (٩) م : أنا أجزه .
- (١٠) أ ، ج : " في بيتها " وهو خطأ ، والتصويب من ب ، د ، م .
- (١١) انظر : مختصر المزني ١٧٠ / ٢ ، والأتم ٤٤ / ٣ .

فأما إذا اشتدَّ واستحصَد^(١)، فإن كان الزرع مما يبرز الحبَّ منه بغير كام يستره كالشعير، جاز بيعه في سنبله قبل دياسه وتصفيته، لظهوره وشاهدته. وإن كان الحبُّ في كام يستره كالحنطة، فقد حكى عن الشافعي رحمه الله في القديم جواز بيعه^(٢). وهو مذهب مالك^(٣)، وأبي حنيفة^(٤). ووقفه في موضع من المبسوط^(٥) على صحة الحديث. ونصَّ في الجديد وسائر كتبه على بطلان بيعه

(١) أَخَصَدَ الزرع، واستَحَصَدَ: أي حان له أن يُحصد. انظر: المختار ص ١٣٩.

(٢) وهو قال أحمد. انظر: المغني لابن قدامة ٧١/٤، والإفصاح ٢٢٢/١.

(٣) انظر: المنتقى ٢٢٠/٤، وبداية المجتهد ١٢٦/٢، ونسبه إلى جمهور العلماء مالك وأبي حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة. ومواهب الجليل ٢٨٠/٤ وفيها: "يجوز بيع الحنطة في سنبلها سواء كان السنبل قائما لم يحصد، أو حصداً والقوانين ص ٢٨٣ وفيها: "ولا يجوز بيع القمح في سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله خلافاً للشافعي".

والخرشي ٢٤/٥ وفيه: "وجوازا ذكر مشروط بأن يكون بيعه وقع على الكيل كما يشترط أن لا يتأخر تمام حصاده ودراسته أكثر من خمسة عشر يوماً".

(٤) انظر: الهداية مع الفتح ٢٩٣/٦، والبدائع ٢٩٩٧/٦، والتبيين ١٢/٤.

(٥) المبسوط: في الفقه، من كتب الشافعي القديمة، وقد ضاع كسائر كتبه القديمة، إلا أن الباحث الكبير فؤاد سزكين ذكر أنه عثر على قطع منه في مختصر البويطي.

راجع: الفهرست لابن نديم ص ٢٩٥، ٢٩٧، وتاريخ التراث العربي لفؤاد سزكين ١٧٦/٢، وتاريخ المذاهب الإسلامية لأبي زهرة ٢٧٠/٢.

في سنبله (١).

ودليل من قال : " يجوز بيعه " (٢) رواية حماد بن سلمة ، عن حميد (٣) ، عن أنس : " أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد " (٤) فجعل غاية النهي أن يشتد ، فاقضى جواز بيعه من بعد اشتداده (٥) ، كالعنب إذا اسود .

ورواية أيوب ، عن نافع ، عن ابن عمر : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهر ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة " (٦) . وفي الحديث دليل كالأول

(١) أصحهما هو المذهب الجديد . أنظر : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٧١ / ١ ، والفتح ٨٣ / ٩ ووقع فيه سهو حيث قال : " الجديد الجواز ، والقديم الصنع " والروضة ٥٥٩ / ٣ ، والمجموع ٣٠٨ / ٩ ، والمغني ٩٠ / ٢ ، وأجاب عن حديث الجمهور بأنه يحمل على الشعر ونحوه جمعا بين الدليلين . والنهاية ١٥٠ / ٤ ، وشرح المعلى ٢٣٤ / ٢ .

(٢) ب : بجواز بيعه .

(٣) هو حميد بن أبي حميد الطويل ، وتقدمت ترجمته في ص : ٦٤٨

(٤) أخرجه أبو داود ٢٥٣ / ٣ ، والترمذي ٥٣٠ / ٣ ، والدارقطني

٤٨ / ٣ كلهم بمثل المأوردى . وقال الترمذي : هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة .

ورواه ابن ماجه ٧٤٧ / ٢ ، وأحمد ٢٢١ / ٣ ، والطحاوي

في شرح المعاني ٢٤ / ٤ ، والبيهقي ٣٠١ / ٥ كلهم بزيادة : " وعن بيع الثمرة حتى تزهر " ورواه الحاكم ١٩ / ٢ بزيادة : " وعن بيع الثمر حتى يحمر ويصفّر " قال : " هذا حديث صحيح

على شرط مسلم ، ولم يخرجاه . وإنما اتفقا على حديث نافع عن

ابن عمر في النهي عن بيع الثمر حتى يزهر " ووافقه الذهبي أيضا .

(٥) أى سواء فرك من سنبله أو لم يفرك . قلت : و " اشتداده " أثبتته من

ب ، وهو ساقط من سائر النسخ .

(٦) أخرجه مسلم ١١٦٥ / ٣ ، وأبو داود ٢٥٢ / ٣ ، والترمذي ٥٢٩ / ٣ ،

وزيادة تعليل (١)

ولأن بقاء الحنطة في سنبلها أبقى لها وأمنع من فسادها . ولاجل ذلك قال الله تعالى في قصة يوسف (٢) : * فما حصدتم فذروه فسي سنبله إلا قليلا ما تأكلون * (٣)

وإذا كان بقاء الحنطة في سنبلها أمنع من فسادها ، جرى مجرى الجوز واللوز في قشره (٤) الذي قد اتفقوا على جواز بيعه إجماعا . فكذا (٥) الحنطة في سنبلها حجاجا . وتحرير ذلك : أنه محمول (٦) بما يصلحه من أصل ، فجاز بيعه / كالجوز واللوز في قشره .

ودليل قوله في الجديد أن بيعه باطل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر (٧) . وبيع الحنطة في سنبلها غرر ؛ لأنه يتردد بين الجودة والرداءة ، والصحة والفساد .

==== والنسائي ٢٣٨/٧ والبيهقي ٣٠٣/٥ كلهم بزيادة : " نهى البائع والمشتري " قال البيهقي : " وذكر السنبل في هذا الحديث ما تفرد به أيوب السخيتاني عن نافع من بين أصحاب نافع ، وأيوب ثقة حجة ، والزيادة من مثله مقبولة . " وهي أمن الثمار من المعاهة . (١)

(٢) هو النبي يوسف بن يعقوب بن اسحاق بن إبراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين . ذكره الله تعالى في عدة مواضع من كتابه ، وخص لذكره سورة في القرآن . كما وردت أحاديث كثيرة في فضائله ، وكفاء فضله وشرفه أنه هو وأباه وجدّه الأول والثاني كلهم كانوا من الأنبياء المشهورين ، توفي وهو ابن مائة وعشرين سنة ، ودفن بمصر في النيل ، ثم حمله موسى عليه السلام في زمنه الى الشام . راجع : تهذيب الأسماء ١٦٦/٢ والبداية والنهاية ١٩٧/١ .

(٣) سورة يوسف : ٤٧ .

(٤) أي في قشرهما الأسفل . أما في قشرهما الأعلى فقد تقدّم أنه لا يجوز بيعهما معه عند الشافعية .

(٥) من ب . وفي باقي النسخ : " وكذا " .

(٦) محمول : أي محجوز . وفي ب " مجهول " وهو تصحيف .

(٧) سبق تخريجه في ص : ١٢٢ هامش (٣) .

وروى عن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم : " أنه نهى عن بيع الطعام حتى يفرك " (١) . يعنى : بفتح الراء . ومعنى الفرك : التصفية (٢) .

وروى عن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم : أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاع (٣) . ولا يمكن أن يجرى فيه الصاع إلا بعد التصفية .

(١) أخرجه أحمد ١٦١ / ١ من حديث أنس مرفوعا بلفظ : " نهى النبي صَلَّى الله عليه وسلّم عن بيع النخل حتى يزهو ، والحب حتى يفرك ، وعن الثمار حتى تطعم . " وفيه رجل مجهول . وروى بعثه البيهقي ٣٠٣ / ٥ ولكن بتقديم بيع الحب . وفيه أبان بن أبي عيَّاش . قال البيهقي : ولا يحتج به . ورواه بطريق آخر بلفظ : " أن رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم نهى أن تباع الثمرة حتى يبين صلاحها تصفراً أو تحمراً ، وعن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يفرك " قال : وقد رواه جماعة عن حماد بلفظ " حتى يشتد " .

قال : وقوله " يفرك " إن كان بخفض الراء على إضافة الإفراك الى الحب ، وافق رواية من قال " حتى يشتد " . وإن كان بفتح الراء ورفع الياء على إضافة الفرك الى من لم يسم فاعله ، خالف رواية من قال فيه " حتى يشتد " واقتضى تنقيته عن السنبل حتى يجوز بيعه . قال : ولم أر أحدا من محدثي زماننا ضبط ذلك . والأشبه أن يكون " يفرك " بخفض الراء لموافقة معنى من قال فيه : " حتى يشتد " .

(٢) راجع النهاية لابن الأثير ٤٤٠ / ٣ ، والمختار ص ٥٠١ ، والمصباح ص ٤٧١ .

(٣) روى من حديث جابر ، وأبي هريرة وأنس ، وابن عباس . فحديث جابر أخرجه ابن ماجة ١٢ / ٢ ، والدارقطني ٨ / ٣ ، والبيهقي ٣١٦ / ٥ كلهم بزيادة في آخره " صاع البائع وصاع المشتري " ونسبه في نصب الراية (٣٤ / ٤) الى ابن أبي شيبة ، وإسحاق بن راهويه ، والبزار أيضا وفي إسناده الجميع محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى الأنصاري ، وهو ضعيف .

ولأنَّ المقصود بالعقد مستور بما لا يَدَّخِر غالبا فيه . فوجب أن يكون بيعه باطلا ، كتراب الفضة والشاة المذبوحة .

ولأنَّ الحنطة بعد الدوس / في تبنيها أقرب الى تصفيتها ٩١/ب من أن يكون في سنبليها . فلما لم يجز بيعها في أقرب الحالين الى التصفية ، فأولى أن لا يجوز في أبعدهما من التصفية .
ولأنَّه لما لم يجز أخذ العشر منها إذا كانت في سنبليها للجهل بها (١) والعشر مواساة ، فالبيع أولى أن لا يجوز ؛ لأنَّ المعاوضة أفسد بالجهالة من المواساة .

فأما الجواب عن نهيه عن بيع الحب حتى يشتد ، مع تفرد حماد بروايته . فهو أنَّ هذه غاية قد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بعدها غاية أخرى ، وهي قوله " حتى يفرك " . والحكم إذا تعلّق بغايتين

=====

أما حديث أبي هريرة فرواه البيهقي ٣١٦/٥ وفي آخره زيادة :
" فيكون للبائع الزيادة وعليه النقصان " ونسبه الزيلعي فسي
النصب الى البزار أيضا .

وأما حديث أنس فأخرجه ابن عدى في الكامل ٨٨٦/٣ بنحو
حديث أبي هريرة ثم قال : هذا حديث منكر لا يرويه بهذا الإسناد
غير خالد بن يزيد ، وعن خالد أحمد بن بكر الباسي ، وهما
ضعيفان .

وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن عدى أيضا - كما في نصب
الراية ولم أجده - بلفظ " لا يباع طعام حتى يكال بالصاعين :
صاع البائع وصاع المشتري " وضعفه من أجل مُعَلَّى بن هلال .
قال : إنه كذاب وضاع .

كما روى مرسلا عن الحسن بلفظ حديث جابر وأبي هريرة . أخرجه
ابن أبي شيبة - كما في النصب - والبيهقي ٣١٥/٥ قال : وقد روى
ذلك موصولا من أوجه إذا ضم بعضها الى بعض قوى .

(١) راجع : المهذب ١٦٤/١ ، والتنبيه ص ٤١ .

لم يتعلّق بوجود إحداهما حتى يوجد ا معاً . كما قال تعالى : * فان طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره . * (١) فكان النكاح غاية التحريم ، فافتضى أن يحلّ بعده . فلما قال النبي صلى الله عليه وسلم :
 " لا ، حتى تذوق عسيلته ، ويذوق عسيلتك " (٢) صارت هذه غاية ثانية ،
 فلا تحلّ إلّا بعد وجودهما . وصار كأنه قال : فلا تحلّ له من بعد (٣)
 حتى تنكح زوجا غيره ، ويذوق عسيلتها وتذوق عسيلته .

(١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٢) هذا جزء من حديث طويل روى عن عائشة رضي الله عنها . أخرجه البخاري في اللباس ١٨٤/٢ ، ومسلم ١٠٥٥/٣ ، والنسائي ١٢٠/٦ ، وابن ماجه ٦٢١/١ ، ومالك في موطئه ٥٣١/٢ . ولفظ البخاري :

(قالت - أي عائشة - جاءت امرأة رفاعه القرظي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا جالسة وعنده أبو بكر ، فقالت : يا رسول الله ! إني كنت تحت رفاعه فطلّقتي فبت طلاقي ، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، وإنه والله ما معه يا رسول الله إلّا مثل هذه الهدية . وأخذت هدية جلبابها . فسمع خالد بن سعيد قولها وهو بالبواب لم يؤذن له . قالت : فقال خالد : يا أبا بكر ! ألا تنهى هذه عما تجهربه عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فلا والله ما يزيد رسول الله صلى الله عليه وسلم على التبسّم . فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : * لعلك تريد أن ترجعي إلى رفاعه ، لا حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته * فصار سنة بعد . "

قال ابن الأثير في النهاية ٢٣٧/٣ : " شبه لذّة الجماع بذوق الحسل ، فاستعار لها ذوقا . وإنما صغره إشارة إلى القدر الذي يحصل به الحلّ . "

(٣) من بعد : ساقط من ر .

فان قيل : فاذا لم يحل بيعه بعد أن يشتد إلى أن يفرك ، فلم

جعل غاية النهي الأول " حتى يشتد " ؟

قيل : إن النهي في كل واحدة من الغائتين لمعنى غير معنى

الغاية الأخرى . فنهيه عن بيعه " حتى يشتد " لينجوم العاهة ، وعن

بيعه " حتى يفرك " لما فيه من الضرر لفقد الروية . فصار كقوله : " ألا لا

توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض " (١) . وهي بعد وضع الحمل

ووجود الحيض لا تحل حتى تغتسل بعد تقضى النفاس والحيض (٢) . إلا أن

(١) روى ذلك من حديث أبي سعيد الخدري . وقد قاله صلى الله عليه

وسلم في سبأيا أوطاس . والحديث أخرجه أبو داود ٢٤٨٠/٢ ، وأحمد

٢٨/٣ ، ٦٢٠ ، ٨٢٠ ، والدارمي ١٧١/٢ ، والدارقطني ١١٢/٤ ،

والبيهقي ٣٢٩/٥ ، والحاكم ١٩٥/٢ قال : " صحيح على شرط

سليم " ووافقه الذهبي .

وقال العظيم آبادي في تعليقه على الدارقطني : " وأعله ابن القطان

بشريك . وقال : إنه مدلس ، وهو من ساء حفظه بالقضا " .

قلت : وللحديث شواهد جمعها الشيخ الألباني في الإرواء ١٤/٥ .

ثم قال : " وجملته القول أن الحديث بهذه الشواهد صحيح بلا ريب " .

هذا ، والحديث مروي في كتب الحديث المذكورة بلفظ : " ولا غير ذات

حمل " في موضع : " ولا حائل " والمعنى واحد . قال ابن الأثير

في النهاية ٤٦٣/١ : " حائل : أى غير حامل . جمعها : حِمال ،

وحُول " .

(٢) هذا هو مذهب مالك ، والشافعي وأحمد والجمهور . وقال أبو

حنيفة وأصحابه : إن انقطع دمها بعد مضى أكثر مدة الحيض

أو النفاس جاز وطؤها قبل الغسل . وإن انقطع قبل ذلك لم

يجز وطؤها حتى تغتسل ، أو يمضي وقت صلاة . وقال مجاهد

وعكرمة وطأوس : يحل لزوجها وطؤها بعد أن تتوضأ ، وقال

===

النهي الأول لحفظ النسب ، والنهي بعده لأجل الأذى .
وهذا أصل فلماذا بسطنا الكلام فيه . ومثله يكون الجواب عن
حديث ابن عمر ، مع تغرد أيوب بروايته .
وأما الاستدلال بأن تركه في السبيل أبقى كترك الجوز واللوز
في قشره فجمع لا يسلم ، لوجود العرف ^(١) بترك الجوز واللوز فسي
قشره وتصفية البر من سنبله . فلما اختلف العرف ^(١) فيهما اختلف
حكم مانع من رؤيتهما .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (وعلى الجوز قشرتان ، واحدة فوق
القشرة التي يرفعها الناس عنه ^(٢) . ولا يجوز ^(٣) بيعه وعليه القشرة
العليا . ويصلح ^(٤) أن يدفع ^(٥) بدون العليا . وكذلك الرانج وما عليه
قشرتان . ^(٦))

وهذا كما قال . لا يجوز بيع الجوز في قشرتيه معا ، يابساً كان

=====

الأوزاعي : إنها إن غسلت فرجها جازله وطوؤها . وه قال أبو
محمد بن حزم .

انظر التفصيل في : تفسير القرطبي ٨٨/٣ ، والجصاص ٣٤٨/١ ،

وابن العربي ١٦٥/١ ، ومداية المجتهد ٤٥/١ ، والمجموع ٣٧٠/٢ .

(١) ج : " الفرق " في الموضعين ، وهو تصحيف .

(٢) في كل النسخ واللام : " عليه " . وفي م " عنها " . والصواب ما أثبت .

(٣) م : فلا يجوز .

(٤) يصلح : أثبتته من ج ، وفي سائر النسخ " لا يصلح " وهو خطأ وفي م :

" لأنه يصلح " ويأباه السياق .

(٥) م : " أن يرفع " وهو تصحيف .

(٦) أنظر : مختصر المزني ١٧١/٢ . واللام ٤٥/٣ بمعناه .

أورطبا^(١) . فإذا زالت عنه القشرة العليا / جازبيعه بالقشرة الباقية ؛ ٩٢/أ
لأنه يدّخر فيها رطبا كان أو يابسا .

وكذلك الرانج - وهو النارجيل -^(٢) يكون عليه قشرتان . فلا
يجوز بيعه في القشرة العليا . فإذا أزيلت عنه جازبيعه في الثانية ؛ لأنه
يدّخر فيها .

فأما اللوز فحكمه حكم الباقلاء عليه قشرتان . فان كان مشتدّا لم
يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه العليا ، ثم يجوز بيعه في الثانية .
وإن كان رطبا ففي جواز بيعه في قشرتيه وجهان على اختلاف أصحابنا
في بيع الباقلاء الرطب في قشرتيه^(٣) ، لأن قشر اللوز العليا يستطاب
أكلها مع اللوز قبل اشتداد المرارة فيها .^(٤)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يجوز أن يستثنى من الثمرة
مدا^(٥) ؛ لأنه لا يدري كم المدّ من العائط ؟ أسهم من ألف سهم ؟

(١) وفي قول يجوز بيعه - وكذلك الرانج - في القشرة العليا ما دام
رطبا . وبه قال ابن القاص والاصطخري لتعلق الصلاح^{بـ} من حيث إنه
يصون القشرة السفلى . ويحفظ رطوبة اللب . وهو قول ضعيف ،
والمذهب البطلان مطلقا . انظر : الفتح ٨٢/٩ ، والروضة
٥٥٨/٣ ، والمجموع ٣٠٨/٩ .

(٢) ويقال له الجوز الهندي أيضا . و"الرانج" بفتح النون ، وقيل
بكسرهما . والجمع : الروانج ، انظر : المصباح ص ٢٤١ .

(٣) في قشرتيه : أثبتته من د . وهو ساقط من سائر النسخ .

(٤) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٧١/١ ، والفتح

٨٢/٩ ، والروضة ٥٥٨/٣ ، والمجموع ٣٠٥/٩ ، والمغني ٩٠/٢ ،

والنهاية ١٥١/٤ ، وشرح المحلى ٢٣٥/٢ .

(٥) مدا . أثبتته من ب ، م . وفي سائر النسخ : مدا .

أومن مائة سهم ^(١) ؟ أو أقل ، أو أكثر ؟ فهذا مجهول . ولو استثنى ربعها ^(٢) أو نخلات بعينها جاز . ^(٣)

وهذا صحيح . وجملة الاستثناء أنه لا يخلو حاله وحال ما بقسي من البيع بعده ^(٤) من أربعة أقسام :

أحدها : أن يكون الاستثناء معلوماً ، والبيع بعده معلوماً . وهذا على ضربين : شاع ومحوز .

فالمحوز : أن يقول : "بعتك ثمرة الحائط هذا" ^(٥) إلا ثمرة ^(٦) هذه النخلات العشرة بعينها " فهذا بيع جائز باتفاق العلماء ^(٧) .

والشاع : أن يقول : "بعتك ثمرة هذا الحائط إلا ربعها" فهذا بيع صحيح . ويكون المبيع ثلاثة أرباعها ^(٨) شاعاً .

وقال الأوزاعي ^(٩) : هذا بيع باطل ؛ لأنه / على شرط الشركة .

وهذا خطأ من وجهين :

أحدهما : أنه لو قال : "بعتك ثلاثة أرباعها" صح . فكذا لو قال : "بعتكها إلا ربعها" ؛ لأن المعقود عليه في الحالتين ثلاثة أرباعها .

(١) أومن مائة سهم : ساقط من د . وفي ج : أسهم من ألف أو سهم من مائة .

(٢) م : " ربعه " وهو خطأ .

(٣) انظر : مختصر المعزني ١٧١ / ٢ - ١٧٢ .

(٤) بعده : ساقط من د .

(٥) ب : هذا الحائط .

(٦) ثمرة : ساقطة من ب .

(٧) انظر : بداية المجتهد ١٣٦ / ٢ ، والمغني لابن قدامة ٧٧ / ٤

(٨) د : " أرباعه " وهو خطأ .

(٩) ونسبه ابن قدامة في المغني ٧٧ / ٤ إلى أبي بكر ، وابن أبي موسى من الحنابلة .

والثاني : أنه لو كان الاستثناء عشر الساكنين جاز ، وإن كان مستحق ذلك مجهول المين . فأولى أن يجوز الاستثناء لنفسه ، لأن مستحقه معين .

والقسم الثاني : أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعده مجهولا وهو ضربان : مشاع ومحوز .

فالمشاع : أن يقول : " بعثك هذه الشرة إلا قوت سنتي " أو : " إلا ما يأكله عبيدي " فهذا باطل باتفاق ، لأن قدر قوته مجهول ، وما يأكله عبيده مجهول ، فصار المبيع الباقي مجهولا .

فان قيل : فقد روى عن ابن عمر أنه باع حائطا ، واستثنى منه قوت غلامه ^(١) . قيل : يحتل أن يكون استثنى منه قدرا معلوما جعله قوت غلامه .

وكذا لو قال : " بعثك هذه الشرة إلا عشر قواصر ^(٢) منها " أو : " في كل يوم سلة ^(٣) من رطبها " كان البيع باطلا ^(٤) ، للجهل ١٠١/ب بالمبيع الباقي .

وأما المحوز : فهو أن يقول : " بعثك هذه الشرة إلا عشر نخلات منها لا بعينها " فهذا بيع باطل ^(٥) .

(١) المرجع السابق.

(٢) القواصر : جمع القَوَصْرَة ، بتشديد الراء وتخفيفها ، وهي : وعاء التمر يتخذ من قصب . انظر : المختار ص ٥٣٧ ، والمصباح ص ٥٠٥ .

(٣) السَّلَّة : وعاء يحمل فيه الفاكهة ، والجمع سَلَات . كما في المصباح

ص ٢٨٦ .

(٤) من هنا اختلف الترتيب في الأصل فانتقل من ق ٩٢ الى ق ١٠١ .

(٥) وذكر ابن رشد في البداية (١٣٦/٢) اتفاق أهل العلم على بطلانه ولم يحك خلاف مالك في ذلك .

وقال مالك^(١) : إن كانت قدر ثلث الشرة فما دون^(٢) (جاز البيع، وكان له عشر)^(٣) نخلات وسطا .
وهذا^(٣) غلط ؛ لأنّ هذا الاستثناء يوقع جهالة في البيع من وجهين :

أحدهما : أنّ ثمر النخل يختلف في القلّة والكثرة .

والثاني : أنّ المستثنى غير محوز ولا شاع في الجملة . وقد يجوز أن يهلك النخل إلّا عدد ما استثنى ، فيختلفان في الباقي هل هو البيع أو المستثنى ؟ وهذا من أكثر الجهالات غررا ، فكان ببطلان البيع أولى .
والقسم الثالث^(٤) : أن يكون الاستثناء معلوما ، والبيع بعدء مجهولا . وهو أن يقول : " بعتك هذه الشرة إلّا صاعا منها " فهذا بيع باطل^(٥) .

(١) انظر : الموطأ مع الزرقاني ٢٦٥/٣ ، والمنتقى ٢٣٨/٤ وفيه " فهذا البيع جائز ؛ لأنّ له وجهها في الصّعة ومخرجا يتوجّه اليه . وذلك أنه يكون شريكا بما استثناء من العدد في عدد جميع الحائط . فان كان استثنى خمسة ، والحائط خمسون ، كان له عشر الثمر شاعا . وان كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر . وعلى هذا الحساب يكون شريكا . "

(٢) في د يوجد بياض .

(٣) أ : " فهذا " و الشبث من باقي النسخ .

(٤) أ ، د : " والقسم الثاني " والتصويب من ب ، ج .

(٥) وهو مذهب جمهور أهل العلم . وه قال سعيد بن المسيّب ، والحسن والشافعي ، وأحمد - في المشهور عنه - وإسحاق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . انظر : المغني لابن قدامة ٧٧/٤ .

وقال مالك ^(١) : هو بيع جائز ^(٢) ، لأنه لما جاز استثناء ربيعها

والربح مجهول الكيل ، كان استثناء ما هو معلوم الكيل أولى بالجواز .

ودليلنا على فساد ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : " أنه نهى

^(٣)

عن الثنائي في البيع " وهو ما ذكرناه . ولأن هذا الاستثناء يقع جهالة في البيع ،

لأنه لا يعلم قدر ما خرج بالاستثناء (هل هو عشر أو ربع ؟ ولا ما بقي

بعد الاستثناء هل هو) ^(٤) تسعة أعشار أو أقل ؟ والبيع إذا كان

مجهولاً بطل البيع . ولأنه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا قدر ما استثنى ،

فيختلفان هل هو البيع أو المستثنى ؟ وإذا لم يتعين البيع من المستثنى

كان باطلا . وهذا مأمون في استثناء جزء شائع منها ؛ لأن التالف يكون

منهما ^(٥) ، والباقي بينهما .

(١) هو لم يجزه على الإطلاق ، بل أجازه في قدر الثلث فما دونه
وسمه فيما فوقه ، وحمل النهى عن الثنأى على ذلك . انظر في
مذهبه : السنقي ٢٣٧/٤ ، والزرقاني ٣٦٥/٣ ، ومواهب الجليل
٢٨٣/٤ ، وبداية المجتهد ١٣٦/٢ ، والخرشي مع حاشيته
العدوى ٢٦/٥ . قال العدوى " وهذا على المشهور . ومقابلته :
لا يجوز استثناء قليل ولا كثير ، لا كيلا ولا جزافا " .

(٢) وهو رواية عن أحمد ، وهو قال ابن سيرين وسالم بن عبد الله
أيضا وستدلهم حديث " نهى عن بيع الثنأى إلا أن تعلم " قالوا :
وهذه ثنأى معلومة . انظر : المغني لابن قدامة ٧٧/٤ .

(٣) هذا جزء من حديث جابر الآتي في ص ٧١٠ . ورواه الترمذی
٥٨٥/٣ مختصرا ، ولكن بزيادة (" إلا أن تعلم " وقال :
هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) أ " بهما " ج " فيهما " والمثبت من ب ، د .

والقسم الرابع : أن يكون الاستثناء مجهولا والبيع معلوما . وهو

أن يقول : "بعثك من هذه الثمرة مائة صاع والباقي لي " فان علما
أن فيها مائة صاع فصاعدا ، صح البيع إن أمكن كيل الثمرة ، وبطل إن
لم يمكن كيلها . ولا يصح الخرص فيها ، لأن البيع بالخرص لا يجوز ؛ لأنه
تخمين وحس . وإنما يجوز في حق الساكنين ^(١) ؛ لأنه مواساة .

فان لم يعلم أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا ، للجهل بوجود
البيع ، فلو كيلت من بعد فكانت مائة صاع فصاعدا ، لم يصح البيع بعد
فساده . (٢)

- فصل -

واذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف ^(٣) درهم ، واستثنى منها
بألف درهم . فان كان الاستثناء بسعر ما باع صح البيع ^(٤) ، وكان كاستثناء
ربعها . وإن كان الاستثناء بسعر يومه لم يجز ، وكان البيع باطلا ^(٥) ،
لجواز أن يكون السعر زائدا أو ناقصا ، فيصير الاستثناء مجهولا

(١) لعله يقصد به بيع العرايا ، ولكنه لا يختص بالساكنين على الصحيح .

انظر : التكملة ٤٤٧/١١ .

(٢) ذكر السبكي في تكملة (٤٤٦/١١) أقسام الاستثناء المذكورة نقلا

عن الماوردي وغيره من الأصحاب . قال : ولكنهم لم يستوعبوا
هذه الأقسام مبسوطة كاستيعابه .

(٣) آلاف : أثبتتها من ب . وفي سائر النسخ " ألف " وهو خطأ .

(٤) البيع : ساقط من د .

(٥) ذكره السبكي في تكملة (٤٤٧/١١) نقلا عن الماوردي والقاضي

أبي الطيب . قال : وكلام أبي الطيب أبين وأحسن . ونصه :

"إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها .

قال الشافعي والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا ، لأن ما يخص

ألفا منها ، هو ربع الثمرة . فان قال : إلا ما يخص قيمة ألفا منها بسعر

اليوم " لم يصح ؛ لأنه غير معلوم " .

والبيع الباقي ^(١) مجهولا .

فلو قال : " بعتك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى / " فان ١٠٢/أ
شاهدنا المعقلى المستثنى ولما قدره صح البيع ، وان جهلاء فسد . ^(٢)

- فصل -

ولوباع قطنا واستثنى حبّه ، أو سمسا واستثنى كسبه ، أو شاة
واستثنى جلدها ، كان البيع في هذا كله باطلا ، لأنّ المبيع بما استثناه ^(٣)
منه يصير غير معلوم بالشاهدة ، ولا مقيد ^(٤) بالصفة ^(٥) .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولوباع ثمرة حائط وفيها الزكاة ،
ففيها قولان :

أحدهما : أن يكون للشترى الخيار في أن يأخذ ما جاوز الصدقة
بحصته من الثمن ، أو الرد .

والثاني : إن شاء أخذ الفضل عن الصدقة بجميع الثمن ، أو الرد .
وللسلطان أخذ العشر من الثمرة ^(٦) . قال المزني ... الفصل ^(٧) .

(١) د : " الثاني " وهو تصحيف .

(٢) انظر : تكملة السبكي ٤٤٧/١١ (ذكره نقلا عن الماوردي)

(٣) ب : بعدما استثنى .

(٤) ب ، د : " ولا مفيد " وهو خطأ .

(٥) انظر : تكملة السبكي ٤٤٨/١١ (ذكره نقلا عن الماوردي) .

(٦) أثبتتها من د ، م . أ ، ب " من الثمن " ج " من الثمر " .

(٧) انظر : مختصر المزني ١٧٢/٢ وتامه : " وهذا خلاف قوله

فيمن اشترى ما فيه الزكاة أنه يجعل أحد القولين أن البيع فيه
باطل ، ولم يقله ههنا " أهـ .

وقد مضت هذه المسألة في كتاب الزكاة^(١) ستوفاة . وسندكر ههنا ما يقتضيه الموضع ويسعدنا به خاطر . فنقول : إذا باع ثمرة حائطه بعد وجوب الزكاة فيها وقبل أداء الزكاة عنها ، فهذا على ضربين : أحدهما أن يستثنى من البيع قدر الزكاة . والثاني : أن لا يستثنى .

فإن استثنى قدر الزكاة منها . فهذا بيع جائز^(٢) ، ويكون البيع هو الباقي منها بعد قدر الزكاة . وذلك تسعة أعشارها إن كانت سبعا^(٣) ، فقدر زكاتها العشر . أو تسعة أعشار ونصف إن كانت نضجا^(٤) ، قدر زكاتها نصف العشر . ولا بدّ من ذكر قدر الزكاة في البيع أعشر هو أو نصف عشر^(٥) ؟

وقال مالك^(٦) : ليس يلزم ذكر القدر ، لأن العلم به شرعا يغنى عن ذكره شرطا .

(١) انظر : كتاب الزكاة من الحاوي الكبير ٤٥٢/١ ، ٢٦٤/٢ ، ٣٠١/٣ .

(٢) وقد صرح بجوازه الشافعي في الأم (٤٦/٢) حيث قال : " ولكنه يصح - لا يصحّ غيره - إذا باعه على ترك الثمرة أن يبيعه تسعة أعشار الثمرة إن كانت تسقى بعين أو كانت بعلا . وتسعة أعشارها ونصف عشرها إن كانت تسقى بغرب . ويبيعه جميع ما دون خمسة أوسق إذا لم يكن للبائع غيره ، فيصحّ البيع . "

(٣) السَّيْح : الماء الجاري . ويقصد به الأرض التي تستقى بماء طبيعي بدون جهد بشري . انظر : المختار ص ٣٢٤ ، والمصباح ص ٢٩٩ .

(٤) النَّضْح : هو الماء الذي ينضحه الناضح والمقصود به الأرض التي سقيت بالنضح . يقال نضح البعير الماء : حمله من نهر أو بئر لسقي الزرع ، فهو ناضح والأثنى ناضحة . انظر المختار ص ٦٦٤ ، والمصباح ص ٦٠٩ .

(٥) نصّر على ذلك الشافعي في الأم ٥٣/٣ .

(٦) لم أقف على قول مالك .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه لو كان علمه بالشرع يغني عن استثناءه بالشرط ، لكان العلم بوجوب الزكاة يغني عن اشتراط الزكاة . فلما لم يغن ذلك في الأصل ، لم يغن في القدر .

فإذا استثنى البائع قدر الزكاة على المشتري . فعليه أن يدفعها من الثمرة بعد الجداد . فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان : (١)

أحدهما : يجوز ؛ لأنه يحلّ فيها محل البائع ، وقد كان للبائع دفع الزكاة من غيرها .

والوجه الثاني : لا يجوز ؛ لأن المشتري لم يملك قدر الزكاة بعقد ولا غيره ، وإنما هو كالوكيل فيها . بخلاف البائع الذي كان مالكا لها . فلم يجز أن يتصرّف فيما لم يجز له عليه ملك .

فلو كان المشتري قد استهلك جميع الثمرة رطباً ، كان فيهما يطالب به المشتري من حق الزكاة / وجهان : (٢)

٩٣/ب

أحدهما : يطالب بعشر الثمرة تمراً . وهذا على الوجه الذي

يجز له دفع الزكاة من غيرها . فنجعل ذلك منه ضماناً لعشرها تمراً ، والوجه الثاني : يطالب (٣) بقيمة عشرها رطباً . (٤) وهذا على

الوجه الذي يمنعه أن يدفع الزكاة من غيره ؛ لأنه استهلك حق المساكين رطباً ، فلزمه قيمته .. (٤)

فعلى هذا إن كانت (٥) قيمة عشرها رطباً أقل من قيمة عشرها

تمراً ، فهل يرجع على البائع بفضل ما بينهما من النقص ؟ على وجهين

(١) لم أعر عليهما .

(٢) من هنا عاد الترتيب الى طبيعته .

(٣) د : " يطلب " وهو خطأ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٥) ب ، ج : " إن كان " وهو خطأ .

(١) مخرّجين من اختلاف قوليه في الزكاة هل وجبت في الذمة أو في العين ؟
فان قيل بوجوبها في الذمة رجع عليه بقدر النقص لاشتغال الذمة
بها . وان قيل بوجوبها في العين لم يرجع عليه بقدر النقص لزوال يده
عن العين .

- فصل -

وأما الضرب الثاني : وهو أن يبيعها جملة من غير اشتراط الزكاة
فيها ، فهي مسألة الكتاب . والبيع في قدر الزكاة على قولين ^(٢) مبنيين
على اختلاف قوليه في الزكاة هل وجبت في الذمة أو في العين ؟
أحدهما : أنه باطل إذا قيل بوجوب الزكاة في العين وجوب

(١) فيه قولان للشافعي أحدهما : أنها تجب في العين . وهو الصحيح
من المذهب ، ومه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور عنه ، وعليه
أكثر الصحابة ، ووجهه : أنه حقّ يتعلّق بالمال يسقط بهلاكه
فيتعلّق بعينه كحقّ المضارب .
والقول الثاني - قاله في القديم ، وهو رواية عن أحمد ، واختارها
الخرقي - أنها تجب في الذمة ، والعين مرتبهة بها . ووجهه :
أنها لو كانت واجبة في العين لم يجز أن يعطى حقّ الفقراء
من غيرها كحقّ المضارب والشريك . انظر التفصيل في :
الأم ٤٥/٢ ، والمهذب ١٥١/١ ، والتنبيه ص ٣٦ ، والفتح
٥٥١/٥ ، والروضة ٢٢٦/٢ ، والمجموع ٣٧٢/٥ ، والافصاح
١٤١/١ ، والانصاف ٣٥/٣ ، ورحمة الأئمة ص ٩٤ ، ومغني
المحتاج ٤١٩/٢ .

(٢) انظر : المراجع السابقة . وفي حلية العلماء (٦٦/٣) بعد أن حكى
الشافعي قول الشافعي قال : " وقال مالك : البيع صحيح ،
والزكاة على البائع . ومن أصحابه من قال : يؤخذ من المشتري
ويرجع بها على البائع . وقال أبو حنيفة : يصحّ البيع في الجميع .
وهو قول أحمد ."

استحقاق (١) .

والقول الثاني : أنه جائز إذا قيل بوجوب الزكاة في الذمة من غير أن تكون مرتبهة بالمعين .

فإذا قيل إن البيع في قدر الزكاة جائز فهو في الباقي أجوز .
وإذا قيل إنه في قدر الزكاة باطل ، ففي بطلانه في الباقي قولان (٢) من
تفريق الصفقة (٣) .

فعلى هذا (٤) يكون للمشتري فيه الخيار لتفريق الصفقة عليه .
فإن أحبّ فيه الفسخ رجع بالثمن . وإن أقام على البيع فيما بقي بعد قدر
الزكاة فعلى قولين : (٥)

(١) أي وجوب شركة . قال في السلسلة (٢٨ / ب) : " على معنى
استحقاق جزء حتى إذا حال الحول على أربعين شاة صار
السكين شريكا مع رب الحال بشاة في الجملة " .

(٢) وفي كتاب الزكاة من الحاوي ٢ / ٧٦٩ : " قولان ، أحدهما : جائز
والثاني : باطل . ولبطالنه علتان . إحداهما : أن اللفظة
- أي الصفقة - جمعت حلالا وحراما . والعلّة الثانية : أنه باطل
لجهالة الثمن " أهـ ملخصا . وقال الشيرازي في مغنيهِه
٢ / ٤٠ عن القول الأول بأنه لا يظهر .

(٣) أ، د : " قولاً تفريق الصفقة " والمثبت من ب ، ج .

(٤) أي على القول ببطلان البيع في قدر الزكاة ، وجوازه فيما عداه . قلت :
وفي هذه العبارة بعض الخلل . وكلام الماوردي في كتاب الزكاة
أتم وأحسن من ههنا . فقد قال هناك ٢ / ٧٧٠ بعد أن ذكر
القولين في تفريق الصفقة ما نصّه : " فإذا قيل ببطلان البيع
في الجميع ارتفع العقد وكان البيع على ملك البائع ، وإذا قيل
ببطلان البيع في قدر الزكاة وجواز البيع في الباقي فالمشتري بالخيار
بين الفسخ والإقامة ، لدخول النقص وتفريق الصفقة " .

(٥) والقول الثاني هو الأصح . انظر : الروضة ٣ / ٢٢٧ ، وحلية العلماء ٣ / ٦٦ .

أحدهما : يقيم عليه بجميع الثمن .^(١)

والثاني : بحسابه من الثمن وقسطه .^(٢)

فأمّا المزني فانه لما رأى الشافعي^(٣) جوز البيع ههنا فيما سوى الزكاة . وأبطله على أحد القولين في كتاب الزكاة .^(٤) اعترض عليه في إغفال القول الآخر . وهذا اعتراض في غير موضعه ، لأنّ الشافعي رحمه الله إذا كان له قولان في مسألة فليس يلزمه إعادتهما في كل موضع . فإذا فرّع على أحدهما لم يكن رجوعاً عن الآخر . والله أعلم .^(٥)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يرجع من اشترى الثمرة وسلّمت اليه بالجائحة على البائع . ولو لم يكن سفيان^(٦) وهن حديثه فسي الجائحة لصرت اليه . فاني سمعته منه ولا يذكر^(٧) "الجائحة"^(٨) ثم ذكرها ، وقال^(٩) : " كان / كلام قبل وضع الجوائح لم أحفظه " . ١/٩٤

(١) قال الماوردي في كتاب الزكاة ٢/٢٧١ " كمن ابتاع عبداً فقطعت

يده قبل القبض . فللمشتري أخذه بجميع الثمن ، وإلا فسخ " .

(٢) في المرجع السابق : " كمن ابتاع قفيزين فتلف أحدهما أخذ الباقي بنصف الثمن " .

(٣) ب : الشافعي رضي الله عنه .

(٤) انظر : الأمّ ٢/٤٦ ، ومختصر المزني ١/٢٢٠ .

(٥) د : بدون " والله أعلم " .

(٦) هو سفيان بن عيينة . كما جاء التصريح^{به} في إسناده الحديث .

(٧) ب ، د : ولم يذكر .

(٨) في جميع النسخ : "جائحة" والنسب من م . وهو الأنا نسب .

(٩) د : فقال .

فلو صرت إلى ذلك لوضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد .
فأما أن يوضع الثلث فصاعدا ولا يوضع ما دونه . فهذا لا خبر ولا قياس
ولا معقول . (١) (٢)

وصورتها في رجل باع ثمرة على رؤس نخلهما وسلمت إلى المشتري
فتلفت (٣) بالجائحة قبل جدارها ، فقد كان الشافعي في القديم يذهب
إلى أنها من ضمان بائعها ، وأن البيع يبطل بتلفها . (٤) وهو قال أبو عبيد ،
وأحمد (٥) وإسحاق (٦) .

ورجع عن هذا في الجديد وقال : يكون من
ضمان المشتري ، فلا يبطل البيع بتلفها (٧) .

- (١) ج : " ولا مقبول " وهو تصحيف .
- (٢) انظر : مختصر المزني ١٧٢/٢ - ١٧٣ . والام ٤٨/٣ - ٥٠ .
- (٣) أ ، ج : " وتلفت " د : " وتلفت " والمثبت من ب .
- (٤) انظر : المغني لابن قدامة ٨٠/٤ ، ونسبه أيضا إلى يحيى بن سعيد الأنصاري ، ومالك وأكثر أهل المدينة ، وجماعة من أهل الحديث ، ومداية المجتهد ١٥٥/٢ ونسبه إلى الثوري أيضا . وفتح الباري ٣٩٩/٤ ، والمحلى ٣٨٤/٨ .
- (٥) هذا هو المشهور عنه . وروى عنه مثل مذهب مالك أيضا . انظر : المغني لابن قدامة ٨٠/٤ ، والإفصاح ٢٢٣/١ ، والمقنع ص ١١٢ ، والكشاف ٢٧٢/٣ .
- (٦) لم أجد من نسبه إليه غير الطائري .
- (٧) وهذا هو أصح المذهبين . والخلاف المذكور فيما إذا باعها بعد بدو الصلاح . أما إذا باعها قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، فلم يقطعها المشتري حتى أضعها الجائحة ، فقد حكى الرافعي فيه ثلاثة طرق . أظهرها : أنه على القولين . والثاني : أنها من ضمان المشتري قولا واحدا ؛ لتفريطه بترك القطع . ==

وه قال أبو حنيفة ^(١) ، والليث بن سعد ^(٢) .
 وقال مالك ^(٣) : إن كان تلفها بجناية آدمي فهي ^(٤) من ضمان
 المشتري . وإن كانت بهجاجة من السماء فإن كانت قدر الثلث فصاعدا فهي
 من ضمان البائع . وإن كانت دون الثلث فهي من ضمان ^(٥) المشتري .
 واستدل من جعل الجوائح مضمونة على البائع بحديث سفيان بن
 عيينة ، عن حميد بن قيس ^(٦) ، عن سليمان بن عتيق ^(٧) ، عن

- ====
- والثالث : أنها من ضمان البائع قولا واحدا ، لأنه إذا شرط
 القطع كان القبض فيه بالقطع والنقل .
- أنظر : الفتح ١٠٢/٩ ، والروضة ٥٦٢/٣ ، والتنبيه ص ٦٦ .
 والمنهاج مع المغني ٩٢/٢ ، والنهاية ١٥٣/٤ ، وشرح المحلى
 ٤٧/٢ .
- (١) انظر : شرح معاني الآثار ٣٦/٤ ، وقد نسبته الى صاحبيه أيضا .
 وعدة القارى ١٦/١٢ ونسبه الى جمهور السلف ، والى الثوري وأبي
 جعفر الطبري ، وداود وأصحابه أيضا .
- (٢) نسبه اليه ابن رشد في البداية ١٥٥/٢ ، والباجي في المنتقى
 ٣٣/٤ ، والحافظ في الفتح ٣٩٩/٤ .
- (٣) انظر في مذهبه : الموطأ مع الزرقاني ٢٦٤/٣ ، والمدونة ٣١/٥ ،
 والمنتقى ٢٣٣/٤ والقوانين ص ٢٨٨ ، والبداية ١٥٦/٢ ،
 والمواهب ٥٠٥/٤ ، والخرشي ١٩١/٥ .
- (٤) ج : فهو .
- (٥) ب : " فمن ضمان " بدون هي .
- (٦) هو أبو صفوان حميد بن قيس الأعرج القارى ، المكي الأسدي مولاهم .
 وقيل : مولى عفر* ، ثقة كثير الحديث ، روى عن مجاهد ، وسليمان بن
 عتيق ، وعمر بن شعيب وغيرهم . وعنه مالك وأبو حنيفة والسفيانان
 وجماعة . توفي سنة ١٣٠ هـ . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب
 ٤٦/٣ ، والخلاصة ص ٩٤ ، الكاشف ٢٥٧/١ ، والتقريب ص ٨٤ .
- (٧) هو سليمان بن عتيق المدني . وقيل المكي . روى عن جابر بن عبد الله ،
- ====

جابر بن عبد الله : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين وأمر بوضع النجوائح " (١).

وحديث ابن جريج ، عن أبي الزبير ، عن جابر : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إن بيعت من أخيك ثمرا ، فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا . لم تأخذ من مال أخيك بفير حق ؟ " . وهذا نص .

====
وابن الزبير وغيرهما . وعنه حميد بن قيس الأعرج ، وزباد بن سعد ، وابن جريج وجماعة . وثقه النسائي وابن حبان . وقال البخاري : لا يصح حديثه وقال ابن عبد البر : لا يحتج بما انفرد به . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٢١٠ / ٤ ، والخلاصة ص ١٥٣ ، والكشاف ٣٩٨ / ١ ، والتقريب ص ١٣٥ .
(١) روى كاملا ومختصرا ، فرواه بكامله الشافعي في الأم ٤٩ / ٣ ، وفي مسنده ١٥٤ / ٦ ، وأبو داود ٢٥٤ / ٣ ، والدارقطني ٣١ / ٣ ، والطحاوي في شرح المعاني ٣٤ / ٤ . وروى الجزء الأول منه منفردا : سلم ١١٧٨ / ٣ ، والنسائي ٢٣٣ / ٧ ، وابن ماجه ٧٤٧ / ٢ . والشافعي في الأم ٤١ / ٣ ، وابن الجارود ص ٢٠٥ . وروى الجزء الثاني منه منفردا : سلم ١١٩١ / ٣ ، والنسائي ٢٣٣ / ٧ ، وابن الجارود ص ٢١٦ .

قلت : " السنين " جمع " سنة " وبيع السنين : هو أن يبيع الانسان ثمرة نخله لاكثر من سنة ، ويقال له بيع المعاومة أيضا . والجوائح جمع جائحة وهي : الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها . ووضعها أن يترك البائع ثمن ما تلف بسببها راجع : النهاية لابن الأثير ٤١٤ / ٢ ، والمصباح ص ١١٣ ، وشرح مسلم للنووي ١٩٣ / ١٠ وقال عن بيع السنين أنه باطل بالاجماع .

(٢) أخرجه سلم ١١٩٠ / ٣ ، وأبو داود ٢٧٦ / ٣ ، والنسائي ٢٧٢ / ٧ ، وابن ماجه ٧٤٧ / ٢ ، والطحاوي في شرح المعاني ٣٤ / ٤ ،

قالوا : ولأنَّ الثمرة لا يتم قبضها إلاَّ بجذِّها من نخلها ، بدليل أنها ^(١) لو عطشت وأضرَّ ذلك بها كان للمشتري الخيار في الفسخ بحدوث هذا العيب . وما حدث من العيب بعد القبض لا يستحقُّ به المشتري الخيار . وإذا دلَّ ذلك على أنها غير مقبوضة . وجب أن تكون تالفة من مال بائعها ، لأنَّ ما لم يقبض ^(٢) مضمون على البائع دون المشتري .

قالوا : ولأنَّ قبض الثمرة ملحق بمنافع الدار المستأجرة ، لأنَّ العرف في الثمار أن تؤخذ لقطة بعد لقطة ^(٣) . كما تستوفي منافع الدار مدة بعد مدة ، فلما كان تلف الدار المستأجرة قبل تقضي المدة مبطلا ^(٤) للاجارة ^(٥) وإن حصل التمكين . وجب أن يكون تلف الثمرة المبيعة قبل الجداد مبطلا للبيع وإن حصل التمكين .

=== وابن الجارود ص ٢١٦ ، والدارقطني ٣١/٣ ، والحاكم ٣٦/٢ ، والبيهقي ٣٠٦/٥ ، وأحمد ٣٩٤/٣ ، والدارمي ٢٥٢/٢ . قلت : وأبو الزبير وإن كان معروفاً بالتدليس ولكنه صرح بالتحديث هنا .

- (١) ب ، د : أنه .
 (٢) د : " ما لم يضمن " وهو تصحيف .
 (٣) ج : أن يؤخذ لقطة بعد لقطة .
 (٤) أ ، د : " مبطل " والتصويب من ب ، ج .
 (٥) قلت : هذا هو القول المشهور لدى الشافعية الذي جزم به بعضهم . ولكن يوجد هناك قول آخر أن الاجارة لا تنفسخ بانهدام الدار . وذلك لأنَّ العين باقية يمكن الانتفاع بها ، وإنما نقصت منفعتها . فيثبت له الخيار كما لو حدث بها عيب . ووجه القول المشهور : هو أنَّ المنفعة المقصودة من الدار هي السكنى وقد فاتت فانفسخ العقد . كما لو اكرى عبداً للخدمة فمات . انظر : المهذب ٤١٢/١ ، والتنبيه ص ٨٥ .

ودليل قوله في الجديد - أنَّ الجوائح لا يضمنها البائع ولا يبطل

بها البيع - : مارواه الشافعي عن مالك ، عن حميد ، عن أنس : " أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع / الشار حتى تزهى . قيل : وما ب / تزهى ؟ قال : حتى تحمرَّ " . (١)

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أُرأيت إن منع الله الثمرة فبِم يأخذ أحدكم (٢) مال أخيه ؟ (٣) "

فموضع الدلالة منه هو أنه لو كانت الجائحة مضمونة على البائع ، لما استضرَّ المشتري بالجائحة قبل بدوِّ الصلاح ، ولما كان لنهيه عنه حفظاً لمال المشتري وجهاً ، لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع على البائع . فلما نهى عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها لأن لا يؤخذ مال المشتري بغير حق ، علم أنَّ الجائحة لا تكون (٤) مضمونة على البائع ، وأنها مضمونة (٤) فيما صحَّ بيعه على المشتري . وروى عمرة بنت عبد الرحمن (٥) - تارة مرسلًا وتارة سندًا - هن

-
- (١) تقدّم تخريجه في ص : ٦٤٨ هاش (٣) .
 (٢) د : " فبِم يستحل أحدكم " وكذا في المستدرک للحاكم ٣٦ / ٢ .
 (٣) هذا جزء من الحديث الأول . وقد ورد في المستدرک منفرداً .
 (٤) ما بين القوسين ساقط من د .
 (٥) هي عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زبارة الأنصارية المدنية من فقهاء التابعين . أخذت عن عائشة - وكانت في حجرها - وجماعة . وعنها ابنها أبو الرجال ، ولداه ، والزهرى وعدة وثقها الكثيرون . وكانت من أعلم الناس بحديث عائشة . ماتت سنة ٩٨ هـ وقيل بعدها وهي بنت ٧٧ سنة . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٤٣٨ / ١٢ ، والخلاصة ص ٤٩٤ ، والكاشف ٤٧٧ / ٣ ، والتقريب ص ٤٧١ .

عائشة رضي الله عنها ^(١) : (أن رجلا من الأنصار ابتاع من رجل نمرة ، فأصيب فيها ، فسأل البائع أن يحطه شيئا ، فحلف بالله أن لا يفعل . فأتت أمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " آلى ^(٢) فلان أن لا يفعل خيرا " ^(٣) .

فموضع الدلالة منه من وجهين :

أحدهما : هو ^(٤) أن النبي صلى الله عليه وسلم أخرج ^(٥) العظ

عن المشتري مخرج الخير والفضل لا مخرج الوجوب والاحتام .

(١) ب : بدون " رضي الله عنها " .

(٢) آلى يولي إيلاء : أي حلف ، وتألى وأتلى مثله . انظر : المختار ص ٢٣ .

(٣) أخرجه البخاري في الصلح ٢٤٤/٣ ، ومسلم في المساقاة ١١٩٢/٣ ، ومالك في موطئه ٦٢١/٥ ، والشافعي في مسنده ١٥٥/٦ ، وفي الأم ٤٩/٣ ، وأحمد ٦٩/٦ ، ١٠٥ ، والبيهقي ٣٠٥/٥ ، كلهم بمعناه ، ولفظ الموطأ والمسند أقرب من اللفظ الذي ساقه الماوردي . والحديث مرسل عند مالك والشافعي وغيرهما . ووصله الشيخان . ولفظهما : " قالت : سمعت عائشة تقول : سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتها وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول : والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أين المتألى على الله لا يفعل المعروف ؟ فقال : أنا يا رسول الله . وله أي ذلك أحب " .

(٤) ب ، ج : بدون " هو " .

(٥) ب : العظ .

والثاني : أنه لم يجبر البائع على الحطّ عن المشتري حتى بلغ البائع ذلك فتطوّع بحطّه عنه . ولو كان واجبا لا أجبره عليه .
 وروى الشافعي عن يحيى بن حسان [عن بكير] ^(١) عن الليث ابن سعد ، عن عياض بن عبد الله ^(٢) ، عن أبي سعيد الخدري : (أن رجلا اشترى ثمارا فأصيب فيها فكرر دينه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " تصدّقوا عليه " فتصدّق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك " ^(٣)) .
 فلولا أنّ الجوائح مضمونة على المشتري لما أحوجّه إلى الصدقة وجعل لغرمائه ما وجدوا ، ولكان يجعلها مضمونة على بائعها ويضعها عن المشتري .

(١) عن بكير : لا يوجد في النسخ وأثبتته من دواوين السنة . هو أبو عبد الله - وقيل أبو يوسف - بكير بن عبد الله بن الأشج المخرومي - مولا هم - المدني ، نزيل مصر . روى عن السائب بن يزيد وسليمان ابن يسار وخلائق . وعنه الليث بن سعد ويزيد بن أبي حبيب وجماعة . ثقة ، وقد أثنى عليه العلماء . قال ابن المديني : " لم يكن بالمدينة بعد كبار التابعين أعلم من ابن شهاب ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وأبي الزناد ، وبكير بن الأشج " . توفي سنة ١٢٠ هـ . انظر في ترجمته : الجرح ٤٠٣/٢ ، وتهذيب الأسماء ١٣٥/١ ، والتقريب ص ٤٧ .

(٢) هو عياض بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سعد بن سرح القرشي العامري المكي . روى عن ابن عمر ، وأبي هريرة وأبي سعيد . وعنه زيد بن أسلم وبكير بن الأشج وجماعة . ولد بمكة ، ثم قدم مصر مع أبيه ، ثم رجع إلى مكة فلم يزل بها حتى مات على رأس المائة . انظر ترجمته في : الجرح ٤٠٨/٦ ، والخلاصة ص ٣٠١ ، والكشاف ٣٦٤/٢ ، وتهذيب التهذيب ٢٠٠/٨ ، والتقريب ص ٢٧٠ .

(٣) أخرجه مسلم ١١٩١/٣ ، وأبو داود ٢٧٦/٣ ، والنسائي ٢٣٣/٧

وما يدل على ذلك أيضا : أن الشرة تصير مقبوضة على رؤس نخلها
بالتمكن والتخلية بدليل أن للمشتري بيعها بعد التمكن منها . ولو لم
تكن مقبوضة لم يجز . وما تلف بعد القبض كان من ضمان المشتري دون
البائع .

ثم من الدليل على مالك : ^(١) أن كل ما كان مضمونا على المشتري فيما
دون الثلث كان مضمونا عليه فيما زاد على الثلث قياسا على غير الثمار .
فان قال مالك : أن ما دون الثلث يلقطه الطير وتنثره النخلة
غالبا ، فضنه المشتري للعرف فيه . وليس كذلك ما زاد على الثلث
بالجائحة .

قيل : هذا غلط ، لأن ما يكون من ضمان أحد المتبايعين لا يقع
الفرق فيه بين تلف قليله أو كثيره بعرف ^(٢) معتاد ^(٣) / وغيره . ٩٥/أ
ثم يقال : لم جعلته محددا بالثلث ؟ وهلا حددته بأقل منه
أو أكثر ؟ فان قال : لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثلث في حد
الكثرة وما دونه في حد ^(٤) القلة ، فقال : " الثلث والثلث كثير " ^(٥) .

=====

وابن ماجه ٢/٧٨٩ ، والطحاوي ٤/٣٥ ، والبيهقي ٥/٣٠٥ ، كلهم
بنحوه ببعض المفارقات اللفظية .

(١) على مالك : أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : " على ذلك " وهو
تصحيح .

(٢) بعرف : أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : " بفرق " وهو تصحيح .

(٣) ج : " معتادة " .

(٤) ج : " في ضد " وهو تصحيح .

(٥) هذا جزء من حديث طويل روى عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه
قال : عاذني النبي صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع من مرض

قيل : فالثلث جعله النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) في حكم ما رونه في جواز الوصية به . وأنت جعلته في حكم ما زاد عليه ، فقد خالفت فيما تعلقت به . ومعنى قوله " والثلث كثير " أى : أكثر القليل ، لأجل أنه ملحق بما هو أقل منه .

وأما الجواب من حديث سفيان : " أنه أمر بوضع الجوائح " فمن ثلاثة أوجه : ^(٢)

أحدها : ما قاله الشافعي ^(٣) : إنه حديث معلول لا يصح الاحتجاج به ، لأن سفيان وهنه ، لأنه قال : " قد كان بعد نهيه عن بيع السنين وقبل أمره بوضع الجوائح كلام لم أحفظه " . ويجوز أن يكون فيما لم يحفظه ما يدل على مراده بوضع الجوائح ، ويصرف حكمه عن ظاهره .
والجواب الثاني - وهو قول أبي إسحاق - : أنه محمول على وضع الجوائح في بيع السنين المقترن به وما في معناه من بيع الثمار الفاسدة .

== أشفيت منه على الموت . فقلت : يا رسول الله ، بلغني من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة ، أفأصدق بثلاثي مالي ؟ قال : لا . قال : أفأصدق بشطره ؟ قال : لا . قال : " الثلث يا سعد . والثلث كثير . إنك أن تذر ذريتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس " .

أخرجه البخارى ٨٧/٥ - واللفظ له - ٨١/٧ ، ٩٩/٨ ، ١٨٢/٨ ، وسلم ١٢٥٠/٣ ، وأبو داود ١١٢/٣ ، والترمذى ٤٣٠/٤ ، والنسائي ٢٠١/٦ ، وابن ماجه ٩٠٤/٢ ، ومالك ٧٦٣/٢ .
(١) أ : " عليه السلام " والمثبت من باقي النسخ .

(٢) وعلاوة عليها فقد حملوا الأمر بالوضع على الندب . انظر : الفتح ١٠٢/٩

(٣) انظر : مسنده ١٥٤/٦ ، والامم ٤٩/٣ ، ومختصر المزني ١٧٢/٢ -

والجواب الثالث لبعض المتأخرين من أصحابنا : ^(١) أن أمره بوضع الجوائح محمول على وضعها عن البائع دون المشتري ؛ لأنه يحتمل الأمرين وليس أحدهما أولى من الآخر .

وأما الجواب عن الخبر الثاني قوله : " فلا تأخذ منه شيئاً " فمن وجهين :

أحدهما - وهو جواب ^(٢) الطحاوى ^(٣) - : أنه محمول على ما قبل التسليم .

والثاني : أنه محمول على الندب والإرشاد كما قال :
" تأتّى ^(٤) فلان أن لا يفعل ^(٥) خيراً " .

(١) لم أشر على قائله .

(٢) انظر جوابه في شرح معاني الآثار ٣٥ / ٤ .

(٣) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المصري ، الفقيه الحنفي المشهور ، وصاحب التصانيف البديعة ، وأحد الثقات الأثبات ، والحفاظ الجهابذة . كان شافعيًا يقرأ على خاله المزني . وكان يكثر النظر في كتب أبي حنيفة فقال له خاله : " والله لا يجيئك منك شيء " فغضب وانتقل من عنده ، وتفقّه في مذهب أبي حنيفة حتى انتهت إليه رياسته .

وله من الكتب : كتاب شرح معاني الآثار ، ومشكل الآثار ، والمختصر ، وشرح الجامع الكبير ، وشرح الجامع الصغير ، وكتاب الشروط الكبير ، والصغير ، وغيرها . توفي سنة ٣٢١ هـ عن ٨٢ سنة . والطحاوى نسبة إلى " طحا " قرية من قرى صعيد مصر . انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص ١٤٢ ، والبداية والنهاية ١٧٤ / ١١ ، والتذكرة ٨٠٨ / ٣ ، والشذرات ٢٨٨ / ٢ ، وطبقات المفسرين للداودي ٧٣ / ١ ، والفوائد البهية ص ٣١ .

(٤) أ ، ج : " يألى " والمثبت من ب ، د .

(٥) د : " أن يفعل " بسقوط حرف النفي .

وأما الجواب عن قولهم : " إنها على رؤوس نخلها غير مقبوضة

لأجل ما ثبت له من الخيار بحدوث العطش " فمن وجهين :

أحدهما : - وهو جواب ابن أبي هريرة - : أن ثبوت الخيار

لا يمنع من ثبوت القبض . قال : لأن القبض في خيار الثلاث يستحق

ردء بما حدث من العيوب في زمان الخيار وإن كان القبض تأمًا ، فكذا

الشرعة . ولا يكون الخيار دليلاً على عدم القبض .

والجواب الثاني : أن خيار العطش إنما استحقه المشتري لوجوب

السقي على البائع . ولم يكن له بالتلف رجوع ، لأن الحط لا يجب على

البائع . وقول ابن أبي هريرة : (١) " إن ما حدث بيد المشتري (٢) من

العيوب في زمان الخيار يستحق به الردء " ليس (٣) بصحيح عندي .

بل لا خيار له فيه ، لأنه بالقبض قد صار مضموناً على المشتري ، فما حدث

من النقص كان من ماله ، لأنه في ضمانه . (٤)

وأما الجواب / عن الاستدلال بالدار المؤاجرة ، فلا يصح ٩٥/ب

الجمع بينهما لأن ما يحدث من منافع الدار غير موجود في الحال ولا يقدر

الستأجر على قبضه ، فبطلت الإجارة بتلف الدار قبل المدة . وليست

الشرعة كذلك ، لأنها موجودة يمكن المشتري أن يتصرف فيها ويجد في

(١) ب : ابن أبي هريرة رحمه الله .

(٢) د : في يد المشتري .

(٣) ب : فليس . وفي سائر النسخ " وليس " والصواب ما أثبتته .

(٤) قلت : وما قاله الماوردي هو المذهب الذي صرح به الأصحاب

انظر : الفتح ٣٣١/٨ ، والتكلمة ١٢٧/١٢ ، والمنهاج مع

المغنى ٥٢/٢ .

الحال جميعها^(١)، فلم يبطل البيع بتلفها بعد التمكن^(٢) منها^(٣).

- فصل -

وإذ قد تقرّر ما ذكرنا فسنستوفي حكم تلفها في جميع أحوالها ،
فنقول : إنه لا يخلو حال تلفها من بعد العقد من ثلاثة أقسام :
أحدها : أن تتلف قبل التسليم . والثاني : بعد التسليم وقبل الجداد .
والثالث بعد التسليم والجداد .

فإن تلفت قبل التسليم لم يخل تلفها من ثلاثة أحوال : إما أن
يكون بجائحة من السماء أو بجناية^(٤) آدمي غير البائع^(٥) ، أو بجناية
البائع.

فإن تلفت بجائحة من السماء كانت من ضمان البائع ويطل^{البيع} لا يختلف ؛
لأنّ تلف البيع قبل القبض يبطل للبيع .

وإن تلفت بجناية آدمي غير البائع ففي بطلان البيع قولان :^(٦)
أحدهما : قد يبطل^(٧) كما لو تلفت بجائحة سماء .

والثاني : لا يبطل البيع ؛ لأنّ بدلها مستحقّ على الجاني .
لكن يكون المشتري بالخيار لحدوث الجناية بين الفسخ والرجوع بالثمن ،
ومين إضاء البيع بالثمن ومطالبة الجاني بمثل الثمرة أو قيمتها إن لم يكن
لها مثل .

(١) د : في الحال بيعها " وهوتصحيف .

(٢) ب ، ج : بعد التمكن .

(٣) ب : بزيادة " والله أعلم " .

(٤) ج : " أو بجائحة " وهوتصحيف .

(٥) غير البائع : ساقط من ب ، ج .

(٦) والقول الثاني هو الأظهر وبه قطع بعضهم . انظر : الضهاج

مع المصنف ٦٧/٢ .

(٧) ج : " يبطل " وهوتصحيف .

وإن تلفت بجناية البائع ففيه وجهان ^(١) حكاها ابن سريج :

أحدهما : أن جناية البائع كجائحة من السماء . فعلى هذا

يكون البيع باطلا قولاً واحداً .

والثاني : أنها كجناية الأجنبي . فعلى هذا في بطلان البيع

بها قولان . فهذا الحكم في تلفها قبل التسليم .

وأما القسم الثاني : وهو أن يكون تلفها بعد التسليم وقبل

الجداد ، فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون المشتري قد تمكن ^(٢) من جدادها بعد

التسليم فأخّره حتى تلفت ^(٣) ، فيكون من ضمان المشتري ولا يبطل به

البيع في الأحوال كلها ، سواء كان تلفها بجائحة أو جناية ، لأن تأخير
الجداد مع الإمكان تفريط منه . ^(٤)

والضرب الثاني : أن لا يتمكن ^(٥) المشتري من جدادها حتى

تلفت . فينظر في سبب تلفها فانه لا يخلو من الأحوال الثلاثة : إما

بجائحة سما ، أو جناية أجنبي ، أو جناية البائع . فان كان تلفها بجائحة
سما ففي بطلان البيع به قولان مضيا .

وإن كان تلفها بجناية أجنبي ، فان قيل : إن البيع لا يبطل

بجائحة السماء ، فأولى أن لا يبطل بجناية الآدمي . وإن قيل : إنه

يبطل بجائحة السماء ففي بطلانه بجناية الآدمي قولان .

(١) والوجه الأول هو المذهب وهو قطع بعضهم . المنهاج مع

المغني ٦٧/٢ .

(٢) ج " قد يمكن " وهو خطأ .

(٣) ب : " تلف " وهو خطأ .

(٤) ب : بزيادة " والله أعلم " .

(٥) ج : " لا يمكن " وهو خطأ .

وإن كان تلفها بجناية البائع فأحد الوجهين : أنه ^(١) يكون كجائحة السماء ، فيكون في بطلان البيع قولان . والوجه الثاني : أنه كجناية الأجنبي على ما مضى . فهذا الحكم في / تلفها بعد التسليم وقبل ٩٦/أ الجدار ^(٢) .

وأما القسم الثالث : وهو أن يكون تلفها بعد الجدار ، فالبيع ماض لا يبطل بتلفها على الأحوال كلها لاستقرار القبض وانقضاء علق العقد . وتكون مضمونة على الآدمي بالمثل ، أو بالقيمة إن لم يكن لها مثل . والله أعلم . ^(٣)



-
- (١) ج : أنها .
(٢) ب : " ومعد الجدار " وهو خطأ . وأيضا بزيادة " والله أعلم " .
(٣) راجع في جزئيات هذا الفصل : المهدّب ٣٠٣/١ ، والفتح ١٠١/٩ ، والروضة ٥٦٢/٣ ، والمنهاج مع المغني ٦٧/٢ ، وأسنى المطالب ٨١/٢ .

[- باب المعاقل والمزابنة -]

- (١) قال الشافعي : (أخبرنا سفيان ، عن ابن جريج ، عن عطاء ،
عن جابر (٢) قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المعاقل
والمزابنة . والمعاقل : أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق (٣) حنطة .
والمزابنة : أن يبيع التمر في رؤوس النخل بمائة فرق تمر .
وعن ابن جريج قال : قلت لعطاء ما المعاقل ؟ فقال : " المعاقل
في الحرث كهيئة (٤) المزابنة في النخل سواً . وهو أن يبيع الزرع (٥)
بالقمح " قال ابن جريج : " قلت لعطاء : أفسر (٦) لك جابر المعاقل
كما أخبرتنى ؟ " قال : نعم . (٧)

- (١) هو عطاء بن أبي رباح ، تقدمت ترجمته في ص : ٨٣ هامش (٦) .
(٢) م : جابر بن عبد الله .
(٣) الفرق : بفتح الفاء وتحريك الراء واسكانها ثلاثة عشر طلاً بالبغدادى
وثلاثة أصع . وهو يعادل ٦٥٢٨ غراماً من الحبوب . ويعادل
٨٢٦٣ لتراً من الساع . انظر : الإيضاح والتبيين مع تعليق
الأستاذ محمد الخاروف . وفي التكملة ٤٥/١١ : وقوله " بمائة
فرق " المقصود بذلك على جهة المثال ، لا أنه تحديد .
(٤) ب : " كهذه " وهو تصحيف .
(٥) م : سواً بيع الزرع .
(٦) ب : " أبين لك " م : " أفسر لكم " .
(٧) انظر : مختصر المزي ١٧٣/٢ - ١٧٤ . والحديث روى مطولاً
ومختصراً عن عدد من الصحابة منهم أنس ، وأبو سعيد الخدرى ،
وابن عباس ، وجابر . أخرجه البخارى ٩٨/٣ ، ٩٩ ، ١٥١ ،
وسلم ١١٧٤/٣ ، وأبو داود ٢٦٢/٣ ، والترمذى ٥٢٧/٣ ،
والنسائي ٢٣١/٧ ، ٢٣٧ ، وابن ماجه ٧٦٢/٢ . والشافعي

وهذا كما قال . قد ثبت بهذا الحديث المروى عن عطاء عن جابر
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة .
وروى حماد ^(١) عن أيوب ، عن أبي الزبير ، عن جابر قال :
(نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة ، والمزابنة ، والمخابرة ،
والمعاومة ^(٢) ، وعن الثنّيا . ورخص في العرايا .) ^(٣)
فأما المحاقلة : ^(٤) فهو بيع الطعام في سنبله بطعام مصق .
والمحقل هو السنبل . ^(٥) وهو في لسان العرب : ^(٦) الموضع الذي يكون فيه
الشيء كالمعدن . وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع
الطعام في محقله ^(٧) . يعني في سنبله .

- ====
- في مسنده ١٥٥/٦ ، وفي الأتم ٥٤/٣ وفيها : " وتفسير
المحاقلة والمزابنة في الأحاديث يحتمل أن يكون عن النبي
صلى الله عليه وسلم منصوصا ويحتمل أن يكون على رواية من
هو دونه " ورواه الطحاوى ١٣/٤ ، والبيهقي ٣٠٧/٥ أيضا .
(١) هو حماد بن زيد كما وقع التصريح به في رواية ابن ماجة وغيره .
(٢) : " المعاومة " وهو تصحيف .
(٣) أخرجه مسلم ١١٧٥/٣ ، وأبو داود ٢٦٢/٣ ، والترمذى ٦٠٥/٣ ،
ولا يوجد فيه " وعن الثنّيا " والنسائي ٢٦٠/٧ ، وابن ماجة ٧٦٢/٢
مختصرا على النهي عن المحاقلة والمزابنة ، وابن الجارود ص ٢٠٥ .
(٤) راجع في تعريفها : لسان العرب ١٦٠/١١ ، ومقاييس اللغة ٨٨/٢ ،
والمختار ص ١٤٧ ، والنظم المستعذب ٢٨٢/١ . وفي الفتح
٨٩/٩ نقل عن مالك : أنَّ المحاقلة هي اكترأ الأرض ببعض ما يخرج
منها من الثلث والربع أو غيرها .
(٥) لم أجد المحقل بمعنى السنبل في معاجم اللغة .
(٦) لم أجد اللفظ المذكور بالمعنى المذكور في معاجم اللغة .
(٧) لم يرد بلفظ " المحقل " بل ورد في الأحاديث بلفظ السنبل كما
تقدم في ص ٦٧٦ .

فإذا ثبت هذا ، فبيع الطعام في سنبله بالطعام المصفى لا يجوز
لعلتين : إحداهما : خوف الربا للجهل بتمائله . والثانية : فقد مشاهدة
ما في سنبله .

وهكذا سائر الزروع لا يجوز أن يباع الجنس منها قائما في
زرعه بما قد صق من جنسه ، فإن كان مستورا في كمام كالأرز والعلس^(١)
لم يجز لعلتين كالحنطة . وإن كان بائنا^(٢) بلا كمام كالشعير لم
يجز لعللة واحدة . وهو خوف الربا . فعلى هذا يجوز بيعه بالدراهم
لإزالة هذه العلة . وما حرم بيعه لعلتين لم يجز بيعه بالدراهم ، لبقاء
إحدى العلتين .^(٣)

- فصل -

وأما المزابنة : فهي بيع الرطب على نخله بتمر في الأرض^(٤) .
والمزابنة في كلامهم " المدافعة " ولهذا سقوا زبانية لأنهم يدفعون أهل^(٥)

-
- (١) في المختار ص ٤٥٠ : " العلس : بفتحين ، ضرب من الحنطة
تكون حبتان في قشر ، وهو طعام أهل صنعاء " .
(٢) ب : بارزا .
(٣) انظر : المهذب ٢٨٢/١ ، والوجيز ١٥٠/١ ، والفتح ٨٦/٩ ،
والروضة ٣ / ٥٦٠ ، والتكلمة ٤٧/١١ ، والمنهاج مع المغني ٩٣/٢ ،
والنهاية ١٥٧/٤ ، وشرح الجلال الصلي ٢٣٨/٢ .
(٤) أنظر : في تعريف بيع المزابنة وأحكامه المراجع السالفة . وقد نقل
في الفتح عن مالك : " أن المزابنة هي ضمان الصبرة بقدر معلوم ،
بأن يقول : أضمن لك صبرتك بكذا صاعا . إن زاد فلي ، وإن
نقص فعلي " .
(٥) أنظر : المختار ص ٢٦٨ ، والمصباح ص ٢٥١ ، والنظم المستعذب

النار^(١) إلى النار، وقالوا^(٢) : زينت الناقة برجلها^(٣) : إذا دفعت^(٤).

قال الشاعر :

وستعجب ما يرى من أناتنا^(٥)

فلوزينت^(٦) الحرب لم يترمم / ب/٩٦

فستى بيع الرطب بالتمر مزبنة ؛ لأنه قد دفع التمر بالرطب^(٧).

وسيعه لا يجوز لعلة واحدة ، وهي خوف الربا^(٨) ، لعدم تماثله . ويجوز بالدراهم لعدم هذه العلة .

ثم هكذا بيع العنب في كرمه^(٩) بالزبيب لا يجوز ، وكذا

(١) أهل النار : أثبتته من ج وهو ساقط من باقي النسخ .

(٢) ج : ويقال .

(٣) ج ، د : " برجلها " وبأبهاء السياق .

(٤) ب ، ج : " دفعت " د : " دفعه " .

(٥) أ ، د " اغائنا " . ب : " أناتنا " . ج : " إناينا " والتصويب

من مصادر تخريج البيت .

(٦) قاله أوس بن حجر . انظر : ديوانه ص ١٢١ ، وأساس البلاغة

ص ٢٦٦ . وخزانة الأدب ٤٩٥/٣ ، والمحتسب لابن جني ١٠٨/٢

والصاحح ١٩٣٢/٥ وفيها : " وترمم : إذا حرك فاء للكلام " .

(٧) وقال الشربيني في المفني (٩٣/٢) في وجه تسميته : " والمزبنة

مأخوذة من الزن - بفتح الزاى وسكون الباء - وهو الدفع لكثرة

الغبين فيها . ف يريد الغفون دفعه والغابن إمضاءه فيتدافعان .

وقال الرملي في النهاية : " المزبنة من الزن وهو الدفع ، سميت

بذلك لبنائها على التخمين الموجب للتدافع والتخاصم " .

(٨) ج : وهي حدوث الربا " وهو تصحيف .

(٩) الكرم - بسكون الراء - يقال لشجر العنب كما في المختار ص ٥٦٨ .

ولكن ورد في الأحاديث النهي عن تسميته بذلك .

بيع سائر الثمار في شجرها بجنسها يابسة^(١) لا يجوز ، واختلف أصحابنا هل كان بيعها غير جائز لدخولها في اسم المزبنة أو قياسا عليها ؟ وهكذا اختلفوا في سائر الزروع هل منع من بيعها بجنسها لدخولها في المحالقة أو قياسا عليها ؟

فأحد الوجهين^(٢) - وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه -^(٣) : أن بيع ذلك لا يجوز ، لدخول سائر الثمار في اسم المزبنة ، ودخول سائر الزروع في اسم المحالقة . فكان تحريمه نصا لا قياسا .

والوجه الثاني - وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة - : أن النص في المحالقة^(٥) والمزبنة مختص^(٦) بالحنطة والنخل . وسائر الزروع مقيسة على الحنطة في المحالقة . وسائر الثمار مقيسة على النخسل في المزبنة . فكان تحريمه قياسا لا نصا .^(٧)

وأما المخابرة : فهو استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وله باب .^(٨)

وأما المعاومة : فهو في معنى بيع السنين ، فسنذكره . وأما بيع الثنبا ، فقد مضى ، وأما العرايا فيأتي .

- (١) أ ، د : " يابسا " والتصويب من ب ، ج .
- (٢) د : وهم اختلفوا فأحد الوجهين .
- (٣) ب : " الشافعي " فقط ، ج : " الشافعي رحمه الله " .
- (٤) ب ، ج : لم يجز .
- (٥) ب : " المخالقة " وهو تصحيف .
- (٦) ج ، د : يختص .
- (٧) ذكر السبكي في تكملة ٥١ / ١١ الوجهين المذكورين نقلا عن الحاوي .
- (٨) له باب مستقل في كتاب الإجارة ، وليس هنا .

- مسألة -

قال الشافعي : (فأما أن يقول : أضمن لك صبرتك هذه بعشرين صاعاً فما زاد فلي ، وما نقص فعليّ تماسها . فهذا من القمار والمخاطرة وليس من المزابنة .)^(١)

وهذا صحيح . إذا أتى^(٢) رجل صبرة طعام لغيره فقال لربّها : أنا أضمنها لك بعشرين صاعاً فان نقص فعليّ ضمانها^(٣) وان زادت فلي^(٤) زيادتها^(٥) . أو أتى قراحاً^(٦) فيه بطّيح فقال لربّه : أنا أضمنه لك بألف بطّيحة فان زادت فلي وان نقصت فعليّ . أو أخذ ثوباً لرجل فقال : أنا أقطعه لك قميصاً فان نقص أتمته^(*) وإن زاد أخذت الزيادة . فهذا فاسد وحرام باتفاق .

وإنما اختلفوا في جهة فساده . فقال مالك^(٧) : لأنه في معنى المزابنة وقال الشافعي : إنما فسد لأنه مخاطرة وقمار وليس بمزابنة ؛ لأنّ المزابنة مباحة وهذا موضوع على أن يدفع عند النقصان ما لا يأخذ عوضه . ويأخذ عند الزيادة ما لا يعطى^(٨) بدله . فصار بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة .

* * *

- (١) انظر: مختصر المزني ١٧٥/٢ .
 (٢) أثبتته من ب. وفي سائر النسخ " إذا أبرز " .
 (٣) ب : فعليّ نقصانها .
 (٤) ب ، د : " فعليّ " وهو خطأ .
 (٥) ج : زيادته .
 (٦) القراح : بالفتح المزعة التي ليس عليها بنا* ، ولا فيها شجر .
 والجمع : أقرحه . انظر : الصحاح ٣٩٦/١ ، والمختار ص ٥٢٨ .
 (٧) انظر: الموطأ ٦٢٦/٢ ، والسنن ٢٤٦/٤ ، وشرح الزرقاني ٢٢٠/٣ .
 (٨) د : " ولا يعطى " وهو خطأ .
 (*) أ د : " وان " والتصويب من ب ج .

(١)

[- باب بيع العرايا -]

قال الشافعي رحمه الله (٢) : (أخبرنا مالك ، عن داود بن الحصين (٣) ، عن أبي سفيان (٤) مولى ابن أبي أحمد (٥) ، عن أبي هريرة : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق (٦) أو في خمسة أوسق / الشك من داود . (٧) وقال ابن عمر : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الشر بالتمر إلا أنه أرخص في بيع العرايا . (٨) الفصل (٩) .

أ/٩٧

- (١) م : باب العرايا .
- (٢) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
- (٣) هو المحدث المشهور أبو سليمان داود بن الحصين المدني الأموي مولى عمرو بن عثمان بن عفان . روى عن عكرمة والأعرج وجماعة . وعنه محمد بن اسحاق ومالك وآخرون . وثقه يحيى ابن معين وغيره . وضعفه أبو حاتم وقوم . توفي سنة ١٣٥ هـ وهو ابن ٧٦ سنة ورؤى برأى الخوارج . انظر : الجرح ٤٠٨/٣ ، وتهذيب التهذيب ١٨١/٣ ، وتهذيب الأسماء ١٢٢/١ ، والخلاصة ص ١٠٩ ، وميزان الاعتدال ٥/٢ ، والتقريب ص ٩٥ .
- (٤) هو مشهور بكنيته ولا يصح له اسم غير كنيته . وقيل اسمه قزمان ، وقيل غير ذلك . وهو مولى ابن أبي أحمد . وقال ابن سعد : " هو مولى لبني عبد الأشهل وكان له انقطاع إلى ابن أبي أحمد فنسب إلى ولاته " روى عن أبي هريرة وأبي سعيد وغيرهما . وعنه ابنه عبد الله ، وداود بن الحصين وجماعة . توفي بعد المائة . انظر : تهذيب الأسماء ٢٤٠/٢ ، والخلاصة ص ٤٥١ ، وتهذيب التهذيب ١١٣/١٢ ، والتقريب ص ٤٠٩ .
- (٥) هو عبد الله بن أبي أحمد جحش بن رثاب الأسدي . ولد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم . وروى عن أبيه وعلي بن أبي طالب

أما العرايا؛ فجمع عَرِيَّة . وَالْعَرِيَّة في اللغة : ما تفرّد بذاته
وتميّز عن غيره . يقال : قد عَرِيَ الرجلُ إذا تجرّد من ثيابه .

=== وجماعة . وعنه ابنه بكير وغيره . وهو من كبار التابعين .

وعنه أبو نعيم وغيره في الصحابة . انظر : تهذيب التهذيب

١٤٣/٥ ، والخلاصة ص ١٩٠ ، والتقريب ص ١٦٧ .

(٦) أوسق : جمع وُسُق بفتح الواو ، وحكى بعضهم الكسر لفة .

مكيال مقداره ستون صاعا ، انظر : الصحاح ١٥٦٦/٤ ،

والمصباح ص ٧٢١ .

(٧) أخرجه البخاري ٩٩/٣ ، وسلم ١١٧١/٣ ، وأبو داود

٢٥٢/٣ ، والترمذي ٥٩٥/٣ ، والنسائي ٢٣٥/٧ ، ومالك

٦٢٠/٢ ، والشافعي في الأئمة ٤٧/٣ ، وفي مسنده ١٥٤/٦ ،

وابن الجارود ص ٢٢١ ، والطحاوي ٣٠/٤ .

(٨) أخرجه البخاري ٩٨/٣ . وسلم ١١٦٨/٣ ، والنسائي ٢٣٣/٧ ،

والترمذي ٥٩٤/٣ ، وابن ماجه ٧٦٢/٢ ، والشافعي في

الأئمة ٤٧/٣ ، والطحاوي ٢٩/٤ ، كلهم بنحوه بألفاظ

متقاربة . ويوجد في بعض الطرق واسطة زيد بن ثابت بين

ابن عمر وبين النبي صَلَّى الله عليه وسلّم .

(٩) انظر : مختصر المزني ١٧٥/٢ - ١٧٨ .

ويعد أن ذكر حديث محمود بن لبيد ، وسهل بن أبي حشة قال

المزني : " اختلف ما وصف الشافعي في العرايا ، وكرهت إلا كثار ،

فأصح ذلك عندي ما جاء فيه الخبر وما قال في كتاب اختلاف الحديث

وفي الإملاء أن قوما شكوا إلى النبي صَلَّى الله عليه وسلّم أنه لا نقد

عندهم ولهم تمر من فضل قوتهم ، فأرخص لهم فيها .

وسُئِلَ ساحل البحر ^(١) العراء ، لأنه قد خلا من النبات وتمييز عن غيره من الأرض . قال الله تعالى : ﴿ فنبذناه بالعراء ﴾ ^(٢) . فكان العرايا في النخل أن يفرد بعض نخل الحائط عما سواه حتى يصير متميِّزا من الجملة ^(٣) .

والعرايا على ثلاثة أقسام : مواساة ، ومحابة ، ومراعاة ^(٤) .
فأما المواساة : فهو أن يتصدق الرجل ببعض نخله على الفقراء ويمنح به قوما بأعيانهم من المساكين ويفرده عن باقي ملكه فتصير عريّة متميِّزة . وهذا مستحب . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول لخراصه : (خَفِّفُوا ^(٥)) [في] ^(٦) الخرص ، فان في المال العريّة (الوصيّة) ^(٧) يعني ما ذكرنا من المواساة .

-
- (١) ج : ما حول البحر .
 (٢) سورة الصافات : ١٤٥ .
 (٣) انظر في معنى العريّة ومشتقاتها : اللسان ٤٩/١٥ ، والصاح ٢٤٢٤/٦ ، وتهذيب الأسماء ١٨/٣ ، وتصحيح التنبيه ص ٦٥ ، والنظم المستعذب ٢٨١/١ .
 (٤) انظر : الأم ٤٨/٣ .
 (٥) ب ، ج : " حَقَّقُوا " وهو خطأ .
 (٦) في : ليس في النسخ وأثبتته من مصادر تخريجه .
 (٧) روى عن مكحول مرسلًا أخرجه ابن أبي شيبة ١٩٥/٣ ، وأبو عبيد في كتاب الأموال ص ٦٥٦ ، والطحاوي ٣٣/٤ ، وأشار إليه البيهقي ١٢٤/٤ .

كما روى مسندًا عن جابر بن عبد الله أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال : " احتاطوا لأهل الأموال في الواطئة والعاملة والنوائب ، وما وجب في الثمر من الحق " أخرجه البيهقي واللفظ له ، وأبو عبيد بمعناه . وضعفه البيهقي وابن التركماني في الجوهر النقي

وأما الحاباة : فهو ^(١) أن الخراس كانوا إذا خرصوا نخل رجل تركوا بعض نخله عريّة لا تخرص عليه ليأكلها علما بأنه سيتصدق منها بأكثر من عشرها . وهذا جائز . قد روى ^(٢) سهل بن أبي حشمة ^(٣) : " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إذا خرصتم فدعولهم الثلث أو فدعوا لهم الربع " . ^(٤)

====
من أجل مسلم بن خالد . قال : وساق صاحب الميزان هذا الحديث من أحاديثه المنكرة .
وقد روى عن عمر موقوفا أنه قال : " خففوا على الناس في الخرص فان فيه العريّة والوطيئة والأكلة " قال الوليد : قلت لأبي عمر - يعني الأوزاعي - وما العريّة ؟ قال : النخلة والنخلتين والثلاث يمنحها الرجل الرجل من أهل الحاجة . قلت : فما الأكلة ؟ قال : أهل المال يأكلون منه رطباً فلا يخرص ذلك ويوضع من خرصه . قال : قلت : فما الوطيئة ؟ قال : من يغشاهم ويزورهم .

أخرجه البيهقي واللفظ له ، وأخرجه أبو عبيد بنحوه .
(١) فهو : أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : " وهو " خطأ .
(٢) أثبتته من ب . وفي باقي النسخ : " قد رواه " ويأباه السياق .
(٣) تقدّمت ترجمته في ص : ٤٧٤ هامش (٢) .
(٤) أخرجه أبو داود ١١٠/٢ ، والترمذي ٣٥/٣ ، والنسائي ٣٢/٥ ، وأحمد ٤٤٨/٣ ، ٢/٤ ، وابن الجارود ص ١٣٠ ، والدارمي ٢٧٢/٢ ، والطحاوي ٣٩/٢ ، وابن خزيمة ٤٢/٤ ، والحاكم ٤٠٢/١ ، وابن أبي شيبة ١٩٤/٣ ، والبيهقي ١٢٣/٤ كلهم بنحوه بالفاظ متقاربة . ولفظ الترمذي :

" إذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث . فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع " . والحديث سكت عنه أبو داود ، وصححه الحاكم والذهبي . وقال ابن حجر في تلخيصه : " في إسناده عبد الرحمن بن مسعود بن نيار الراوي عن سهل بن أبي حشمة . وقد قال البزار :

وأما المراضاة : فقد اختلف الفقهاء فيها وفي المراد بها .
 فذهب الشافعي ^(١) الى أنها بيع الرطب خرصا على رؤوس النخل بمكيلته
 تمرا على الأرض في خمسة أوسق أو أقل مع تعجيل القبض . ^(٢)
وقال مالك ^(٣) : هذه العريّة هو أن يهب الرجل ثمر نخلات من
 حائط فتمّ الهبة عنده بالقبول وحده ، ثم يكره مشاركة غيره ولا يقدر على
 الرجوع في هبته . فله أن يبتاع ذلك جبرا بخرصه تمرا . ويجريه مجرى
 الشفعة خوفا من سوء الشا ركة .
وقال أبو حنيفة ^(٤) : بل هذه العريّة أن يهب الرجل ثمر
 نخلات لا يقبضها . ثم يبدو له فيكره الرجوع فيها فيتراضيا على تركها

(*) ترا : أثبت من ب ج . وليس في أ .
 === إنه تفرد به . وقال ابن القطّان : لا يعرف حاله * . وقال النووي
 في المجموع ٤٧٩/٥ : " إسناده صحيح إلاّ عبد الرحمن فلم
 يتكلموا فيه بجرح ولا تعديل ولا هو مشهور ، ولم يضعّفه
 أبو داود * .

قلت : والحديث يتقوّى أيضا بشواهد ، التي ذكرها الحاكم وأشار
 إليها الترمذى .

(١) وهو مذهب جمهور أهل العلم منهم أحمد ، والشافعي ، وإسحاق ،
 وابن المنذر ، وأبو عبيد ، وأهل المدينة ، وأهل الشام ، وحكسى
 عن مالك أيضا . انظر المغني لابن قدامة ٤٥/٤ ، وتكملة السبكي
 ١٠/١١ ، والإفصاح ٢١٨/١ .

(٢) راجع في مذهب الشافعي : الأمّ ٤٥/٣ ، والتنبيه ص ٦٥ ،
 والمهذب ٢٨١/١ ، والفتح ٩٠/٩ ، والمروضة ٥٦٠/٣ ،
 والنهاية ١٥٧/٤ ، والمغني ٩٣/٢ ، وشرح المحلى ٢٣٨/٢ .
 (٣) راجع في مذهبه : المنتقى للباجي ٢٢٧/٤ ، والمدوّنة ٢٥٨/٤ ،
 وبداية المجتهد ١٨٠/٢ ، والخرشي ١٨٧/٥ .

(٤) راجع في مذهبه : شرح معاني الآثار ٣١/٤ ، وعمدة القارى ٢٩٩/١١ ،
 ٣٠٢ ، والبدايع ٣١/٧ ، والتبيين ٤٨/٤ ، والهداية مع

ودفع خرصها تمرا مكانها فيجوز. فأما بيع الرطب على النخل خرصاً بمثلته
 من التمر على الأرض^(١) * كيلاً فلا يجوز استدلالاً بحدِيث مالك، عن نافع،
 عن ابن عمر: "أن رسول الله صَلَّى الله عليه وسلَّم نهى عن الحزَابنة.
 والحزَابنة: بيع الثمر بالتمر كيلاً وبيع الكرم بالزبيب^(٢) كيلاً." ^(٣) وهذا
 عام.

وروى^(٤) جابر، عن النبي صَلَّى الله عليه وسلَّم: "أنه نهى

===== شرحي الفتح والعناية ٤١٥/٦، وقد جاء في العناية: "وتأويلها: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل، ثم يشق على المُعَرَّى دخول المُعَرَّى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خُلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوزاً بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه، ولا يكون مخلفاً لوعده."
 ثم قال البابر تي: "وبه نقول: لأن الموهوب لم يصّر ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بطك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضاً بل هبة مبتدأة. ويستى بيعاً مجازاً، لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد. واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده."

(١) من التمر: أثبتته من ب ج. وليس في أ د.

(٢) د: بيع الزبيب بالعنب.

(٣) أخرجه البخاري ٩٦/٣، ومسلم ١١٧١/٣، والنسائي ٢٣٤/٧،

ومالك ٦٢٤/٢، وابن حزم في المحلى ٤٦٥/٨، والبيهقي

٣٠٧/٥.

(٤) ب: وقد روى.

(*) على الأرض: ليس في ب ج. وفي د: "على الأصل" وهو تصحيف.

عن بيع كل ثمرة ^(١) بخوص ^(٢) وهذا أخص .

قال : ولأنه لما لم يجز بيع الرطب بالتمر خرصا إذا كان على الأرض فأولى أن لا يجوز على النخل . وتحريره قياسا : أنه بيع رطب بتمر خرصا فأشبهه إذا كان على الأرض .

قال : ولأن كل ما لم يجز بيع كثيره بالخوص لم يجز / بيع ٩٧/ب
قليله بالخوص كالبر بالبر .

قال : ولأن كل جنس وجب اعتبار التماثل فيه لم يختلف تماثله باختلاف أماكنه كالذهب والفضة .

ودلينا : ثبوت السنة الواردة من خمس طرق :

منها : ما رواه الشافعي ، عن سفيان ، عن ابن جريج ، عن عطاء ، عن جابر : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة . والمزبنة بيع الثمر بالتمر إلا أنه أرخص في العرايا " . ^(٣)

(١) أ ، د : " عن بيع ثمرة نخلة " والمثبت من ب ، ج ، وكذا في مصادر التخريج .

(٢) ليس حديثا مستقلا بل هو جزء من الحديث السابق المروى عن ابن عمر . وهذه الزيادة وردت في مسلم والمحلّي . كما وردت في حديث الترمذی ٥٩٦/٣ المروى عن رافع بن خديج وسهل بن أبي حشة : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة الثمر بالتمر إلا لأصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنسب بالزبيب ، وعن كل ثمر بخوصه " وقال : هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه .

((٣)) أخرجه الشافعي في الأمّ ٤٢/٣ ، وفي المسند ١٥٤/٦ ، وروى البخاري بلفظ : " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يطيب ولا يساع شئ " منه إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا " ونحو البخاري أخرجه مسلم ١١٢٤/٣ وأبو داود ٢٥٤/٣ ، والطحاوي ٢٩/٤ . قلت : وسفيان هو ابن عيينة كما ورد التصريح في رواية مسلم .

والثاني : ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن
زيد بن ثابت ^(١) : * أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب
العريّة أن يبيعهما بخرصها * ^(٢)

والثالث : ما رواه الشافعي رحمه الله ، عن سفيان ، عن يحيى
ابن سعيد ^(٣) ، عن بشير بن يسار ، عن سهل بن أبي حنثة قال : * نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الشر بالتعريض إلا أنه أرخص في العريّة

(١) هو الصحابي الجليل أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحّاك الأنصاري ،
البخاري المدني ، من كتّاب الوحي وحفظة القرآن المشهورين .
وكان أعلم الصحابة بالفرائض . شهد غزوة الخندق وما بعدها
من الغزوات . واختاره الصدّيق لجمع المصحف ، ثم عيّنه عثمان
لكتّابته . وكان ابن عباس يأتي إلى بيته ويقول : * العلم يؤتى
ولا يأتي * توفي بالمدينة سنة ٤٥ هـ على المشهور عن ٥٦ سنة .
انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص ٤٦ ، وتهذيب الأسماء ٢٠٠/١ ،
ومعرفة القراء للذهبي ٣٥/١ ، وأسد الغابة ٢٧٨/٣ ، والإصابة
٥٦١/١ ، والتذكرة ٣٠/١ .

(٢) أخرجه البخاري ٩٩/٣ ، ومسلم ١١٦٩/٣ ، والنسائي ٢٣٥/٧ ،
ومالك ٦١٩/٢ ، والشافعي في مسنده ١٥٤/٦ ، وفي الأم ٤٧/٣ ،
وفي الرسالة ص ٣٣٣ .

(٣) هو التابعي الجليل أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري
، النجاري ، قاضي المدينة . روى عن أنس ، وسعيد بن المسيّب ،
وبشير بن يسار وخلق . وعنه الزهري وشعبة ، والسفيانان . واتفق
علماء الجرح والتعديل على توثيقه وكان قد جمع بين علمي الرواية
والدراية . توفي سنة ١٤٣ هـ وقيل بعده .
له ترجمة في : طبقات الشيرازي ص ٦٦ ، وتهذيب الأسماء ١٥٣/٢ ،
وتهذيب التهذيب ٢٢١/١١ ، وتاريخ الثقات ص ٤٧٢ ، والكاشف
٢٥٦/٤ ، والخلاصة ص ٤٢٤ ، والتذكرة ١٣٧/١ .

أن تباع بخرصها تما يأكلها (أهلها) (١) رطباً : (٢)
والرابع : ما رواه المزني في المختصر (٣) ، عن الشافعي رحمه الله
 أنه روى حديثاً فيه : (قلت لمحمود بن لبيد (٤) ، أو قال محمود بن
 لبيد : قلت لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) أهلها : لا يوجد في النسخ وأثبتته من مصادر التخريج وفي بعضها
 " يأكلونها " .

(٢) أخرجه البخاري ٩٩/٣ وسلم ١١٧٠/٣ ببعض الزيادات ، وأبو
 داود ٢٥٢/٣ والنسائي ٢٣٦/٧ والشافعي في الأم ٤٧/٣ ،
 وفي مسنده ١٥٤/٦ ، والطحاوي ٣٠/٤ .

(٣) انظر : مختصره ١٧٨/٢ . وذكره الشافعي في الأم ٤٧/٣ ،
 وفي اختلاف الحديث ٣٢٧/٧ ، وأشار إليه ابن حزم في المحلى
 ٤٦٣/٥ ثم قال : " ولا يدري أحد منشأه ولا مبدأه ولا طريقه ،
 ذكره - أي الشافعي - أيضاً بغير إسناد فبطل أن يكون فيه
 حجة " وفي التلخيص الحبير ٢٩/٣ : " وذكره البيهقي في
 المعرفة عن الشافعي معلقاً أيضاً " ونقل الزيلعي في نصب
 الراية (١٣/٤) عن صاحب التنقيح قوله : " إن هذا ليس في
 الصحيحين ولا في السنن ولا في شي من الكتب المشهورة .
 ولم أجد له سنداً بعد الفحص البالغ . ولكن ذكره الشافعي
 في كتاب المعرايا بغير إسناد " قلت : ونسبه الشيخ الموفق في
 الكافي (٦٤/٢) إلى الشيخين وهو وهم منه .

(٤) هو أبو نعيم محمود بن لبيد بن عقبة بن رافع الأنصاري الأشعري

المدني . صحابي صغير لم يصح له سماع ولا رواية عن النبي
 صلى الله عليه وسلم وجّل روايته عن الصحابة وقد روى عن النبي
 صلى الله عليه وسلم أحاديث مرسلّة . واختلف في صحبته والصحيح
 شوبتها . توفي بالمدينة سنة ٩٦ هـ وقيل سنة ٩٧ وله ٩٩ سنة .

انظر : أسد الغابة ١١٧/٥ ، وتهذيب الأسماء ٨٤/٢ ،
 وتهذيب التهذيب ٦٥/١٠ ، والاصابة ٣٨٧/٣ ، والخلاصة

إمّا زيد بن ثابت وإمّا غيره ما عراياكم هذه ؟ فقال وسقى ^(١) رجسالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنّ الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يتبايعوا العرايا بسخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطباً .

والخامس : ما رواه الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب عن أبي هريرة : (أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أوفي خمسة أوسق . الشك من داود) .
فدلّت هذه الأحاديث الخمسة على ما ذهبنا إليه في العرايا من خمسة أوجه :

أحدها : أنه استثنى العريّة من المزبنة . فلما كانت المزبنة المنهى عنها هي بيع التمر بالرطب في نخله ، وجب أن تكون العريّة المستثناة منها ^(٢) هي بيع التمر بالرطب في نخله .
والثاني : أنه أجاز العريّة بلفظ الرخصة . والرخصة ما كانت بعد حظر سابق . ^(٣) ولا تكون العريّة رخصة بعد حظر سابق ^(٤) إلاّ على مذهبنا دون مذهب من خالفنا .

- (١) في م : قال فلان وفلانة وسقى .
(٢) ب ، ج : منهما . وهو خطأ .
(٣) قال الآمدي في أحكامه (١٠١ / ١) : " الرخصة في اللغة : عبارة عن التيسير والتسهيل . وأمّا في الشرع فقد قال أصحابنا : الرخصة ما جاز فعله لعذر مع قيام السبب المحرّم " .
وراجع في تعريفها أيضا : روضة الناظر ص ٣٢ ، والمستصفى ٩٨ / ١ ، والتيسير ٢٢٨ / ٢ ، وشرح الكوكب المنير ٤٧٨ / ١ .
(٤) سابق : أثبت من د . ولا يوجد في باقي النسخ .

والثالث : أنه أرخص في بيع المرايا . والبيع ما تناول عوضا ومعوضا ولا يكون ذلك إلا على قولنا .

والرابع : أنه اعتبر فيها المساواة بالخرص . ولا يجب ذلك إلا في بيعها بالجنس .

والخامس : أنه أباحها في قدر مخصوص . والمخالف لا يعتبر فيها على مذهبه قدرا مخصوصا .

ثم حديث محمود بن لبيد ^(١) مفسر لا احتمال فيه / ولم يسنده ٩٨/أ الشافعي ؛ لأنه نقله ^(٢) من السَّيَر وجعله مع ما قد أسنده شاهد للصحة مذهبه .

فان قيل : هذه أحاديث واردة قبل تحريم الربا .

قيل : هذا التأويل فاسد من وجوه . منها : أنه أرخص في الحرية ، وهذا يقتضي تقدم ^(٣) الحظر . ومنها : أنه اعتبر فيها التساوى بالخرص . وهذا قبل تحريم الربا غير معتبر . ومنها : أنه أباحها في قدر مخصوص . وهذا قبل تحريم الربا غير مقدّر .

وأما الجواب عن أدلتهم فهو أن الظاهر منها مخصوص بظواهرنا ، والأقيسة ^(٤) مدفوعة بنصوصنا ^(٥) .

ثم نقول : إنما جازت الحرية فيما كان على رؤس النخل ولم يجز فيما هو على الأرض ؛ لأن ما على النخل مستدام المنفعة وما على الأرض سلوب المنفعة . وجازت في القليل للحاجة اليها ، ولم تجز في الكثير للاستغناء عنها . وجازت بالخرص وإن لم يجز الخرص في البئر ؛ لأن كيل ما على النخل

(١) أ ، ج : " محمود بن أسد " وهو تصحيف والتصويب من ب ، د .

(٢) ب : لأنه رواه .

(٣) ج : تقديم .

(٤) أثبتته من ب . وفي باقي النسخ : " بظواهرنا الأقيسة " وهو

تصحيف . أثبتته من ب ، ج ، وفي أ ، د : بنصوص .

متعذر وكيل البر غير متعذر . واختلاف حكم تماثلها ^(١) ليس باختلاف
أماكنها ^(٢) ، ولكن باختلاف الحاجة إليها .

- فصل -

فإذا ثبت أنّ العرايا هي بيع الرطب على رؤس النخل بكيلها
تمرا على وجه الأرض فلا فرق بين أن يتساويا في النوع كالتمر البرني بالرطب
البرني ، أو يختلفا في النوع كالتمر البرني ، بالرطب المعقلي في جواز ذلك
كله .

فأما بيع الرطب على رؤس النخل برطب في الأرض أو برطب على
رؤس النخل فمذهب الشافعي : أنه لا يجوز بحال ؛ لأنّ وجود الرطب يغني
عن بيعه برطب على رؤس النخل .

وقال أبو علي بن خيران : يجوز بيع الرطب على الأرض برطب على
رؤس النخل ؛ لأنه أدوم نفعاً . ولا يجوز ^(٤) بيع رطب على رؤس النخل
برطب على رؤس النخل سواء كان نوعاً أو أنواعاً .

وقال أبو اسحاق المروزي : لا يجوز بيع رطب على الأرض برطب
على رؤس النخل . فأما بيع رطب على رؤس النخل برطب على رؤس النخل
فإن كان نوعاً واحداً ^(٥) كالمعقلي بالمعقلي لم يجز وإن كانا نوعين

(١) ج : تماثلها .

(٢) ب : " كاختلاف " ويأبأ السماع .

(٣) ج : أماكنهما .

(٤) أثبتته من ب . وفي باقي النسخ " ويجوز " بسقوط حرف
النفي .

(٥) ب : من نوع واحد .

كالمعتلي بالإبراهيمي (١) جاز. (٢)

وقال أبو علي بن أبي هريرة (٣) : يجوز بيع الرطب على الأرض برطب على رؤس النخل ؛ لأنه أروم نفعاً . ويجوز بيع ما على النخل بما على النخل إذا كانا من نوعين لاختلاف الشهوة ولا يجوز إذا كانا من نوع واحد لفقد الفائدة .

وكل واحد من هذه المذاهب الثلاثة فاسد (٤) ، وما عليه جمهور أصحابنا من بطلان ذلك كله أصح ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها تراً . ولأنه لما / لم يجز بيع الرطب بالبرطب على وجه الأرض مع قلة تفاضله وقرب تماثله فأولى أن لا يجوز على النخل . ولأن عدم الحاجة إليه يمنع من جواز الفرر (٥) فيه (٦) .

ب/٩٨

- (١) لم أجد لهذا النوع من التمر ذكراً في المعاجم .
 (٢) قال السبكي في تكملة ٣٨/١١ : هكذا حكى عنه المعاصري وأبو حامد والرويانى والماوردى . وقد حكى عنه أبو الطيب وابن الصبّاغ والشيرازى والمتولى أنه إن كانا نوعاً واحداً لم يجز ، وإن كانا نوعين يجوز وأطلقوا ذلك فيما إذا كانا على النخل أو أحدهما على الأرض .
 (٣) قال السبكي في تكملة ٣٩/١١ : هكذا نقله/الماوردى والرويانى وقد رأيت في تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل بالبرطب على الأرض ولم يذكر إذا كانا على النخل .

- (٤) ب : وكل هذه المذاهب الثلاثة فاسدة .
 (٥) الفرر : أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : الفرور .
 (٦) انظر في هذا الفصل : المهذب ٢٨٢/١ ، والفتح ٩٧/٩ ، والروضة ٥٦١/٣ ، والتكملة ٣٨/١١ وما بعدها ، والمفنى ٩٣/٢ ، والنهاية ١٥٧/٤ .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (وأحب إلي أن تكون العريّة أقلّ من خمسة أوسق . ولا أفسخه في الخمسة وأفسخه في الأكثر . قال المزني : يلزمه في أصله أن يفسخ البيع في خمسة أوسق ؛ لأنها شك .) الفصل (١) .

والكلام في هذه المسألة مقصور على قدر ما أبيح من العريّة فلا يختلف المذهب أنّ العريّة لا تجوز فيما زاد على خمسة أوسق لعموم نهيه عن المزابنة وتجوز فيما دون خمسة أوسق ولو يمتدّ لإباحته العريّة . وفي جوازها في خمسة أوسق قولان :
أحدهما : - نرى عليه في كتاب الصرف (٢) - أنه لا يجوز . واختاره

(١) انظر : مختصر المزني ١٧٨/٢ وتامه : * وأصل بيع التمر في رؤس النخل بالتمر حرام بيقين ولا يحلّ منه إلّا ما أرخص فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيقين . فأقلّ من خمسة أوسق يقين على ما جاء به الخبر ، وليست الخمسة بيقين ، فلا يبطل اليقين بالشك * .

(٢) قال الشافعي في الأمّ ٤٩/٣ : * ولا يشتري من العرايا إلّا أقلّ من خمسة أوسق بشيء ما كان . فإذا كان أقلّ من خمسة أوسق جاز البيع * .

وقد قال في مختصر البويطي أيضا مثل هذا الكلام نقله السبكي في تكملة (٦٢/١١) ثم قال : وكثيرون جزموا بهذا القول . وقال في ص ٦٤ : * وممن اختار هذا القول أبو بكر بن الحنذر ، وأبو سليمان الخطّابي ، ورجّحه إمام الحرمين ، وصحّحه الروياني في حليته ، والبغوي ، والشاشي ، وابن أبي عصرون ، والغزالي في البسيط ، والنووي . وهو الذي يقتضيه كلام القفال والقاضي حسين . قلت : فيه قال أحمد في المشهور عنه وهو أحد القولين للإمام مالك انظر : البداية ١٨١/٢ ، والمغني لابن قدامة ٤٥/٤ ، والإفصاح ٢٨١/١ .

المزني ، لأنّ تحريم المزبنة عامّ وإباحة المرّيّة خاصّ ، والخمسة شكّ ، والمعموم لا يختصّ (١) بالشكّ . (٢)

وروى أبو سعيد الخدري أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم قال :
 " لا صدقة في العرّيّة " (٣) . والخمسة نصاب يجب فيها الصدقة ، فلم
 يجز أن تكون من جملة المرّيّة .

ولأنّ العرّيّة تختصّ بالقليل دون الكثير لتحريمها فيما زاد على
 الخمسة لكثرة ، وإباحتها فيما دون الخمسة لقلّته . والخمسة في حدّ الكثرة
 لوجوب الزكاة فيها . وما دونها في حدّ القلة لانتفاء الزكاة عنها .

والقول الثاني - نصّ عليه في كتاب الأئمّ - (٤) : جواز المرّيّة
 في خمسة أوسق ، لأنّ تحريم ما زاد على الخمسة إنما كان لدخوله فـي

(١) ب : " لا يختصّ " وهو تصحيف .

(٢) وأيضاً فانه يوجد هناك قاعدتان فقهيتان مشهورتان .
 إحداهما : أنّ الرخص لا تناط بالشكّ . والثانية : اليقين لا
 يزول بالشكّ . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤١ ، ولا بن
 نجيم ص ٥٦ .

(٣) رواه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص ٦٥٦) مرفوعاً بلفظ " ليس
 في العرايا صدقة " ورواه كلهم ثقات . وابن عبد البرّ في التمهيد
 ٣٣٦/٢ مرفوعاً بلفظ الماوردي وذكره البيهقي ١٢٤/٤ معلقاً
 بلفظ أبي عبيد وأشار إلى إرساله .

(٤) انظر : الأئمّ ٤٧/٣ وفيها : " ولا يجوز أن يبيع صاحب
 العرّيّة من العرايا إلّا خمسة أوسق أو دونها ، وأحبّ التي أن يكون
 البيع دونها ؛ لأنه ليس في النفس منه شيء . وإذا ابتاع خمسة
 أوسق لم أفسخ البيع ولم أقسط له " أهد .
 قال السبكي في تكملة (٦٤/١١) : وهذا الكلام مع كلام

المزابنة قطعاً ، وتحليل ما دون الخمسة لدخوله في العرّة يقينا ، والخمسة وإن كانت شكّا فلا يجوز إلحاقها بالمزابنة دون العرّة لأمري : أحدهما : لما فيه من نفي الشك عنها بعد ثبوته فيها . والثاني : أنّ عموم المزابنة قد صار مجهولا باستثناء العرّة المجهولة منها .

وإذا لم يجز إلحاقها بالمزابنة وجب إلحاقها بالعرّة لأمري : أحدهما : أنّ^(١) الاصل في البيوع الإباحة ، لعموم قوله تعالى :^(٢) * وأحلّ الله البيع * .^(٣)

والثاني : رواية عطاء ، عن جابر : " أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا " .^(٤) فعمّ ولم يخصّ . واحتمل أن تكون رواية من روى " نسي خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق " .^(٥) على وجه التخيير ، لأنّ " أو " قد تستعمل في التخيير^(٦) كما تستعمل في الشك^(٧) .

=== المختصر ليس صريحا في القول بالجواز ، بل كأنه متوقف في ذلك للشك في الرواية . ولكنّ الأصحاب جعلوا ذلك قولا بالجواز . وكأنّ الشافعي لم ينظر إلى الأصول المذكورة ولا إلى القياس . ثم قال : وهو الصحيح عند المحاملي وأبي حامد والغزالي في الوجيز . وهو المشهور عن مالك ورواية عن أحمد . انظر : بداية المجتهد ٢٨١ / ٢ والمغني لابن قدامة ٤٥٠ / ٤ . والخرشي ١٨٨ / ٥ .

- (١) د : هو أنّ .
- (٢) تعالى : أثبتته من ب وفي أ ، وبدونه ، وفي ج : عز وجل .
- (٣) سورة البقرة : ٢٧٥ .
- (٤) تقدّم ببعض الفرق في ص (٧٢١) قلت : ومثله يفيد العموم في مقدار العرّة حديث سهل بن أبي حشّة وزيد بن ثابت ومحمود ابن لبيد أيضا .
- (٥) أو دون خمسة أوسق : أثبتته من ب ، ج . ولا يوجد في أ ، د .
- (٦) انظر : شرح ابن عقيل ٢٣٢ / ٣ ، وشرح الكافية الشافية ١٢٢٠ / ٣ .
- (٧) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٥ ، والمهذب ٢٨٢ / ١ ، والفتح ٩٤ / ٩ ، والروضة ٥٦١ / ٣ ، والتكلمة ٦٢ / ١١ ، والمغني ٩٤ / ٢ ، والنهاية ١٥٨ / ٤ ، وشرح المحلى ٢٣٨ / ٢ .

- فصل -

فإذا تقرّر توجيه القولين . فإن قلنا بجواز العريّة في خمسة
أوسق فإنما نعني خمسة أوسق تمرا يبتاع بها رطباً يعود السقي
خمساً أوسق تمرا على ما سنصفه ^(١) . فإن زاد على خمسة أوسق تمرا
لم يجز وكان عقداً فاسداً .
فإن قيل : فلما ^(٢) أبطلتموه فيما زاد على الخمسة وجوّزتموه
في الخمسة ؟

قيل : لأنه / بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنسة . ٩٩/أ
والمزابنة كلها فاسدة .

وإن قلنا إنّ العريّة لا تجوز إلّا فيما دون خمسة أوسق . فلو
نقص من الخمسة مدّ ^(٣) جاز وكان العقد صحيحاً . ولو ابتاع رجلاً
من رجل عشرة أوسق إلّا مدّاً ^(٤) جاز ؛ لأنّ ابتياع الرجلين إنما يكون
بمعقدين فصار كلّ واحد منهما كأنه اشترى خمسة أوسق

- (١) ب : على ما نصفه .
(٢) في جميع النسخ " فهلّا " ولكنه لا يلائم السياق .
(٣) قال السبكي في تكملة ٧١ / ١ : " إذا قلنا يجب النقص عن
الخمس فهل يكفي أيّ قدر كان أم له ضابط ؟ الذي نصّ
عليه الشافعي والأصحاب منهم الماوردي الأول " .
وقال الرطبي في النهاية ١٥٨ / ٤ : " وظاهر كلامه - أي النوى -
الاكتفاء في النقص عن الخمسة بما ينطلق عليه الاسم حتى قال
الماوردي إنه يكفي نقص ربع مدّ . والأوجه كما قاله بعض المتأخرين
عدم الاكتفاء بذلك ، بل لا بدّ من زيادة على تفاوت ما يقع بين
الكيلين . إذ ربع المدّ والمدّ لا يقع التفاوت به بين الكيلين
غالباً لا سيّما في خمسة أوسق " .
(٤) مدّاً : أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : " مدّ " وهو خطأ .

إلا نصف مدّ. (١)

وكذا لو ابتاع رجل من رجلين عشرة أوسق إلا مدّا (٢) جاز. (٣)
وكأنه قد اشترى من كل واحد منهما خمسة أوسق إلا نصف مدّ.
فلو ابتاع رجلان (٤) من رجلين عشرين وسقا إلا مدّا (٥) جاز؛
لأنّ ابتياع الرجلين من رجلين إنما يكون بأربعة عقود فصار كلّ واحد
من الرجلين قد ابتاع من كلّ واحد من الرجلين خمسة أوسق إلا ربع مدّ فصحّ. (٦)

- (١) وقد نرى عليه الشافعي في الأتم (٤٨/٣) حيث قال :
- "ولا بأس أن يبيع صاحب الحائط من غير واحد عرايا كلهم
يبتاعون دون خمسة أوسق ؛ لأنّ كل واحد منهم لم يحرم على
الافتراق الترخيص له أن يبتاع هذه المكيلة . وإذا حلّ ذلك
لكل واحد منهم لم يحرم على ربّ الحائط أن يبيع ماله وكان حلّالا
لمن ابتاعه ولو أتى ذلك على جميع حائطه "
- (٢) في النسخ " مدّ " بالرفع وهو خطأ نحويا .
- (٣) جاز على الوجه الصحيح المشهور . وفي وجه - به قال صاحب
التلخيص - : لا تجوز الزيادة على خمسة أوسق نظراً الى مشترى
الرطب ؛ لأنّه محلّ الخرص الذي هو خلاف قياس الربويّات فلا
ينبغي أن يدخل في ملكه أكثر من القدر المحتمل دفعة واحدة .
انظر : الفتح ٩٦/٩ ، والروضة ٥٦١/٣ ، والمغني ٩٤/٢ .
- (٤) ج : " رجل " وهو خطأ .
- (٥) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ " مدّ " وهو خطأ .
- (٦) وقال الرافعي والنووي : "إنها لا تجوز في أكثر من عشرة أوسق ،
وتجوز فيما دونها ، وفي العشرة قولان " . قال الزركشي وغيره :
"وهو سبق قلم" قال الشربيني : "وليس كذلك وإنما قرّعه على وجه
ضعيف وهو أنّ الصفقة لا تتعدّد بتعدّد البائع " . راجع :
الفتح ٩٦/٩ ، والروضة ٥٦١/٣ ، والمغني ٩٤/٢ .

ولو ابتاعا عشرين وسقا سواء لم يجز^(١).

- مسألة -

قال الشافعي : (ولا يبتاع الذي يشتري العريّة بالتمر إلا بأن
تخرص العريّة كما يخرص العشر . فيقال فيها رطب كذا وكذا^(٢) وإذا
يبس كان كذا ، فيدفع إليه^(٣) من التمر مكيّلة خرصها تحرا ويقبض^(٤)
النخلة بشعرتها قبل أن يتفرقا ، فان تفرقا قبل دفعه فسد البيع) .
إعلم أنّ جواز البيع في العريّة^(٥) معتبر بثلاثة شروط^(٦) .

- (١) وعند المالكية أيضا تجوز العريّة في أكثر من خمسة أوسق إذا
كانت في صفقات مختلفة أو من حوائط متعدّدة . وأمّا الحنابلة
فلا يجوز عندهم أكثر من عريّة سواء كانت من شخص واحد أو من
أناس متعدّدين ، راجع : الخرشي ١٨٨/٥ ، والمغني لابن
قدامة ٤٦/٤ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٢ .
- (٢) م : فيقال فيها الآن رطبها كذا .
- (٣) م : بدون " إليه " .
- (٤) انظر : مختصر المزني ١٧٩/٢ .
- (٥) في العريّة : أثبتته من ب . ولا يوجد في باقي النسخ .
- (٦) قلت : وعند المالكية يعتبر لجواز العريّة أربعة شروط ذكرها
ابن رشد في البداية فقال : " أحدها : أن تزهى . والثاني :
أن تكون خمسة أوسق فما دون فان زادت فلا يجوز . والثالث :
أن يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ ، فان أعطاه
نقدا لم يجز . والرابع : أن يكون التمر من صنف تمر العريّة
ونوعها " . وفي الخرشي ١٨٩/٥ : " ومن جملة شروط العريّة
أن يكون العوض في ذمّة المَعْرَى لا في حائط معيّن " .
والحنابلة اعتبروا شروطا أكثر فقد جاء في المغني لابن قدامة ٤٩/٤ :

أحدها : القدر الذى لا تجوز الزيادة عليه . والثاني : التساوى الذى لا يجوز الإخلال به . والثالث : التقايف الذى لا يجوز الافتراق دونه . فأما الشرط الأول وهو القدر فقد مضى الكلام فيه . وأما الشرط الثاني وهو التساوى فلتحريم التفاضل فيما يدخله الربا . والتساوى معتبر في التمر بالكيل ، لأن الكيل فيه سكن . وفي الرطب الذى على رؤس النخل بالخرص لأن كيله متعذر .

ويجوز فيه خارص واحد بخلاف الزكاة ، لأن الخرص ههنا بدل الكيل عند تعذره . فلما جاز كيال واحد جاز خارص واحد .

فيأتي الخارص النخلة فيخرصها بعد الإحاطة بها . فإذا بلغت قدرا يكون تمرها ^(١) خمسة أوسق أو أقل من خمسة أوسق على ما مضى من القولين دفع مثله تمرا . ^(*) ^(٢) كأنه يقول : خرصها رطبا ستة أوسق ، وإذا يبست تمرا أربعة أوسق فيدفع اليه بالكيل أربعة أوسق تمرا . ^(٢) ^(٣)

=== * يشترط في بيع العرّة شروط خمسة : أن يكون فيما دون خمسة أوسق . وبيعها بخرصها من التمر . وقبض قبل التفريق . وحاجة المشتري الى أكل الرطب . وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر . واشترط القاضي وأبو بكر شرطا سادسا وهو حاجة البائع الى البيع واشترط الخرقى : كونها موهوبة لبائعها . واشترط أصحابنا لبقاء العقد : أن يأكلها أهلها رطبا . فان تركها حتى تصير تمرا بطل العقد * أهـ .

(١) ج : تمرة . (*) من ب ج . أ : " ودفع " وهو ساقط من د .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٣) وبه قال المالكية والحنابلة ، وعن أحمد رواية أخرى : أنها تباع

بتمر مثل الرطب الموجود وذلك لأنها بيع اشترطت المماثلة فيها والأصل اعتبار المماثلة في الحال . ولكن الحنابلة صحّحوا الرواية الأولى . قال ابن قدامة في تعليلها : " لأنه مبنى على خرص

(*)

فان زاده على الأربعة مدا أو نقصه مدا لم يجوز لظهور التفاضل فيه .

وأما الشرط الثالث وهو التقايف قبل الافتراق فلان ما فيه الربا

لا يجوز تأخير القبض فيه . فيقبض المشتري الرطب على رؤوس النخل (١)

ويدفع التمر (٢) الى بائعه وقد تمت العريّة بينهما (٣) . ولكل واحد / ٩٩ ب

منهما الخيار مالم يفترقا بأبدانها . فاذا افترقا لزمت العريّة ولا خيار .

ثم للمشتري بعد ذلك أن يجتنى ثمرة نخله حالا بعد حال

عند إدراكها ووقت إنهاها (٤) . ولا تجوز العريّة إلا فيما بدا صلاحه

بسرا كان أو رطباً . (٥)

(*) من ب د أ : " مد " ج : " أو نصف مد " وكلاهما خطأ .
== الشارفي العشر والصحيح ثم خرصه تما . ولأن المائنة

في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الاتّجار ، وبيع الرطب بمثلته
تما يفضي إلى فوات ذلك " راجع المغني لابن قدامة ٤٨/٤ ،

والمقنع ص ١٠٩ والخرشي ١٨٧/٥ .

(١) أثبتته من د . وفي سائر النسخ : نخله .

(٢) ب ، ج : " ويدفع الثمن " وهو تصحيف .

(٣) وقد نصّ على ذلك الشافعي في الأتم (٤٧/٣) حيث قال :

" وأنه لا يجوز البيع فيها حتى يقبض النخلة بثمر ويقبض

صاحب النخلة التمر بكيّله " قلت : وهو مذهب الحنابلة أيضا .

وأما المالكية فقالوا بتوفية التمر عند جذاز تمر العريّة مستدلين

أنه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل إلى الجذاز

أصله الزكاة . ولو اشترط في العقد تعجيل دفعه فسد العقد

عندهم ، ولكنه لو دفع بعد تمام العقد فوراً بدون شرط جاز .

انظر : المغني لابن قدامة ٤٨/٤ ، وهداية المجتهد ١٨٢/٢ ،

والخرشي ١٨٧/٥ .

(٤) في النسخ " أياها " وهو تصحيف . يقال : بلغ الشيء إناه وأناه

أي غايته . وفي التنزيل : غير ناظرين إناه أي غير منتظرين نضجه

وإدراكه ولوفه . لسان العرب ٤٨/١٤ .

(٥) انظر في المسألة : المذهب ٢٨١/١ ، والفتح ٩٣/٩ ، والروضة

٥٦٠/٣ ، والتكلمة ٢٢-٢٠/١١ ، والمغني ٩٤/٢ ، والنهائية

١٥٨/٤ ، وشرح المحلى ٢٣٨/٢ .

- مسألة -

قال الشافعي : (ويبيع صاحب الحائط لكل من أرخص له وإن أتى على جميع حائطه .) (١)

أما مذهب الشافعي في العريّة وما صرح به في كتاب الائم (٢)

وغيره جوازها للمضطرّ المعسر وللغنيّ الموسر ، وهما في إباحتها سواء .

وقال المزني : (٣) لا تجوز العريّة إلاّ للمضطرّ المعسر . وقد أشار

إليه الشافعي في الإملاء وفي اختلاف الحديث ؛ (٤) لأنّ السبب فسي

إباحة العريّة حاجة ذوي الضرورات فكان محمولا على سببه . (٥) (*)

(١) انظر : مختصر المزني ١٧٩/٢ .

(٢) انظر : الائم ٤٩/٣ وفيها : " وسواء الغنيّ والفقر في شراء العريّة . "

(٣) انظر : مختصره ١٧٢/٢ وفيه : " اختلف ما وصف الشافعي في العرايا وكرهت الإكثار ، فأصحّ ذلك عندى ما جاء فيه الخبر وما قال في كتاب اختلاف الحديث وفي الإملاء أنّ قوما شكوا إلى النبيّ صلى الله عليه وسلّم أنه لا نقد عندهم ولهم تمر من فضول قوتهم فأرخص لهم فيها . "

(٤) فقد جاء فيه (٣٢٢/٢) قوله : " والعرايا التي أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فيما ذكر محمود بن لبيد : ثم ذكر حديثه قلت : ولكن قوله هذا ليس قاطعا في تخصيصه للعريّة للمحتاجين ولذلك قال السبكي في تكملة (٢٥/١١) : " ولم أر هذا القول منصوبا للشافعي ، فينبغي أن يقطع بقول الجواز ولا يعزى للشافعي غيره . ويجعل قول النع مذهباً للمزني ، كما يمكن أنه قال فسي موضع آخر : يختصّ بذلك المحتاجون " أه بتصرّف . (*) في النسخ : (كان) ويأباه السياق .

(٥) قلت : وهو مذهب أحمد أيضا : انظر : المغني لابن قدامة ٤٩/٤ ، والإفصاح ٢١٩/١ ، والمقنع ص ١٠٩ وفيه " لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه . "

(١) فاختلف أصحابنا فكان بعضهم يخرج ذلك على قولين . وامتنع جمهورهم من تخريج القولين وصرحوا بجوازه للكافة قولا واحدا تمويلا على غالب نضه . (٢)

وتأولوا ما أشار إليه في الإملاء واختلاف الحديث على الإخبار عن سببه (٣) استدلالاً بإرخاضه صلى الله عليه وسلم في العريّة من غير تقييد بالضرورة . ولأنّ الضرورة لا تتصور فيه ؛ لأنّ معه التمر فهو غير مضطرّ الى الرطب وإنما يريد شهوة . ولو كان مضطراً اليه لزالّت ضرورته بصاع منه وقد أبيح أكثر منه ، فعلم أنّ اعتبار الضرورة فيه غير صحيح .

فإذا ثبت جوازه للمضطرّ وغيره جاز للرجل أن يبيع جميع حائطه عرايا في عقود شتى ولو كان فيه ألف وسق إذا وقى/عقد شرطه وكذلك يجوز للرجل أن يشتري بألف وسق من (٤) تمر عرايا في عقود شتى إذا وقى كل عقد شرطه ؛ لأنّ حكم كل عقد معتبر بنفسه لا تعلّق له بغيره . (٥)

(١) وهذا هو طريقة القاضي أبي الطيّب والشيразى والممراني والبيهقي والرافعي وآخرون . وحكماهما الفوراني وجهين . انظر : تكملة السبكي ٢٤/١١ .

(٢) وطريقة جمهور الشافعية هي الأصحّ وهي مقتضى كلام أبي حامد والمحامي كما في التكملة . وراجع في المسألة أيضا : المذهب ٢٨٢/١ والفتح ٩٨/٩ ، والروضة ٥٦٢/٣ ، والمنهاج مع

المغنى ٩٤/٢ ، والنهية ١٥٩/٤ ، وشرح المحلى ٢٣٩/٢ . (٣) وقد أجاب الجمهور عن حديث محمود بن لبيد بأنه ضعيف ، ويتقدّر صحته فهذه حكمة المشروعية ، ثمّ قد يعمّ الحكم كما في الرمل والاضطباع في الطواف . انظر : مغنى المحتاج ٩٤/٢ .

(٤) من : أثبت من ب ، ج . ولا يوجد في أ ، د . (٥) انظر : الفتح ٩٥/٩ ، والروضة ٥٦١/٣ ، والتكملة ٥٣/١١ خلافاً لأحمد . والمغنى ٩٤/٢ ، والنهية ١٥٨/٤ ، وشرح المحلى ٢٣٨/٢ .

- مسألة -

- (١) قال الشافعي رحمه الله : (والعرايا في العنب كهي في النخل لا يختلفان ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنّ الخرص في شرهما)^(٢) وأن لا حائل^(٣) دون الإحاطة بهما^(٤) . وهذا كما قال .
- المرية جائزة في الكرم كجوازها في النخل^(٦) . لكن اختلف أصحابنا هل جازت في الكرم نصّاً أو قياساً؟ على وجهين :^(٧)

- (١) م : في التمر .
- (٢) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : شرها وفي م : شرتهما .
- (٣) م : ولا حائل .
- (٤) بهما : أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د ، م : بهما .
- (٥) انظر : مختصر المعزني ١٧٩/٢ .
- (٦) وقد نصّ على ذلك الشافعي في الأتم (٤٨/٣) فقال :
" والعرايا من العنب كهي من التمر لا يختلفان ؛ لأنهما يخرسان معا " وقد نقل السبكي في تكملة ٧١/١١ اتفاق أصحابه على ذلك ثم قال : " ووافقنا على إلحاق العنب بالرطب المالكية وبعض الحنابلة . وخالف في ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهري " . راجع في مذهب مالك الخرخشي ١٨٢/٥ وفي مذهب أحمد والحنابلة : المغني لابن قدامة ٥٠/٤ ، والمقنع ص ١٠٩ ، والكشاف ٢٤٧/٣ .
- (٧) ذكرهما السبكي في تكملة ٧٢/١١ ثم قال : " والمعاملي وابن الصبّاغ من جعل ذلك نصّاً . ولم أقف على النصّ الذي ذكروه في شيء من الأحاديث . بل في رواية الترمذي (تقدّم في ص ٧٣١ هـ ٢) ما يشعر بخلاف ذلك ثم بعد أن ساقها قال : فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر لأنه فصله من الاستثناء وجعله مع بقية الثمر . فالصواب أن ذلك إنما ثبت بالقياس . وهو الذي يقتضيه كلام الشافعي فإنه لم يذكر غيره . "

أحدهما - وهو قول البصريين - : أنها جازت في الكرم
نصاً مروياً ^(١) عن زيد بن ثابت : " أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص
في العرايا . والعرايا : بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب " . ^(٢)

والوجه الثاني - وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من

البغداديين - : / أنها جازت في الكرم قياساً على النخل لبروز
ثمرتهما وإمكان الخرص فيهما وتعلق الزكاة بهما . ثم يعتبر فسي
بيع الزبيب بالعنب الشروط المعتمدة في بيع التمر بالرطب .

أما العرايا في سائر الثمار كالتفاح والشمش والإجاص والخوخ
فمذهب الشافعي ^(٣) أنها غير جائزة ^(٤) . وقال الشافعي في كتاب البيوع
الكبير من الأتم ^(٥) : " ولو قال قائل : يجوز التحري ^(٦) فيها كان مذهباً . "

(١) مروياً ، أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : فرووه .

(٢) تقدم الحديث في ص (٧٢٢) ببعض الفرق إلا أنه لا يوجد
فيه استثناء العنب من النهي .

(٣) وقد نص على ذلك في الأتم (٤٩/٣) فقال : " ولا تكون العرايا
إلا في النخل والعنب ، لأنه لا يضبط خرص شئ غيره " .

وقال في موضع آخر منها (٤٨/٣) : " وكل ثمرة ظاهرة
من أصل ثابت مثل الغرسك والشمش والكثري والإجاص ونحو
ذلك مخالفة للتمر والعنب ، لأنها لا تخرس لتفرق ثمارها والحائل
من الورق دونها . وأحب إلّى أن لا تجوز بما وصفت " .

(٤) قلت : وهو مذهب جمهور الحنابلة . وعند المالكية : تجوز

في سائر الثمار . وبه قال الأوزاعي وبعض الحنابلة ، وهو أحد
قولي الشافعي . انظر : السفني لابن قدامة ٥٠/٤ ، والمقنع

ص ١٠٩ ، والخروشي ١٨٧/٥ .

(٥) فقد جاء فيها (٤٨/٣) : " ولو قال رجل : هي وإن لم تخرس

فقد رخص فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري فأجيزه كان مذهباً " ^(٦)
التحري في الأشياء ونحوها : طلب ما هو أحرى بالاستعمال
في غالب الظن أي : أجدر وأخلق . انظر : المختار ص ١٣٣ .

فكان بعض أصحابنا ^(١) لأجل هذا الكلام يخرج ذلك على قولين ^(٢) . وامتنع سائرهم ^(٣) من تخريج القولين وأبطل ^(٤) العريضة فيما سوى النخل والكرم قولا واحدا ^(٥) ، لمباينة النخل والكرم ما سواه من الأشجار في بروز الشمر ، وامكان الخرص ، ووجوب الزكاة ، وحصول الاقتيات . والله أعلم ^(٦) .

(١) وهي طريقة القاضي أبي الطيّب ، وابن الصّبّاغ ، والشيروازي ، وأتباعه والجرجاني ، والفوراني ، وأمام الحرمين ، والمتولّي ، وصاحب العدة والرافعي وآخرون . وهي الأظهر عند السبكي . انظر :
التكملة ٧٤/١١ .

(٢) أحدهما : تجوز لأنّ النفس تدعو إلى أكلها في حال رطوبتها ، والثاني : لا تجوز ، وهو الراجح عند الشافعي وصحّحه الروياني في الحلية والبغوي والجرجاني والرافعي وغيرهم . واستدلّوا بالحديث المروي في البخاري (٩٨/٣) وغيره عن زيد ابن ثابت * أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم رخص في بيع العريّة بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غيره * . قال السبكي : * وفي الاستدلال به نظر ، لأنه إن أريد أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم منع في غير ذلك فينبغي أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ في مقابلة النص . وإن أريد أنّ الرخصة من النبيّ صلّى الله عليه وسلّم لم تتفق في غير ذلك فصحيح لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا * .

انظر : التكملة ٧٤/١١ وما بعدها .

(٣) من ب ، ج ، وفي أ ، د : بعضهم .

(٤) أ ، د : * وأطلق * والتصويب من ب ، ج .

(٥) وهه جزم سليم في الكفاية وهو الصحيح عند المحاملي والروياني .

انظر : التكملة ٧٨/١١ .

(٦) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٥ ، والمهذب ٢٨٢/١ ، والفتح

٩٤/٩ ، والروضة ٥٦١/٣ ، والحلية للروياني ٧٣/أ ، والإبانة للفوراني ١٢٢/ب والمنهاج مع المغني ٩٤/٢ ، والنهاية ١٥٨/٤ ، وشرح المحلى ٢٣٩/٢ .

(١)

[- باب بيع الطعام قبل أن يستوفى -]

(قال الشافعي ^(٢) : أخبرنا مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر
أن النبي ^(٣) صلى الله عليه وسلم قال : " من ابتاع طعاما ، فلا
يبعه ^(٤) حتى يستوفيه " ^(٥) وقال ابن عباس ^(٦) : " أما الذي نهى
عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهو ^(٧) الطعام أن يباع حتى
يُكَلَّ ^(٨) " وقال ابن عباس برأيه : ولا أحسب ^(٩) كل شيء إلا ^(١٠)
شله .
قال الشافعي : وإذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١١)

-
- (١) م : باب البيع قبل القبض .
(٢) ب ، د : " الشافعي رضي الله عنه " : ج : الشافعي رحمه الله
(٣) م : أن رسول الله .
(٤) أثبتته من ج ، م . أ ، ب ، د : فلا يبيعه .
(٥) أخرجه البخاري ٨٨/٣ ، ومسلم ١١٦٠/٣ ، وأبو داود ٢٨١/٣ ،
والترمذي ٥٨٦/٣ (عن ابن عباس) والنسائي ٢٥١/٧ ،
وابن ماجه ٧٤٩/٢ ، ومالك في الموطأ ٦٤٠/٢ ، والطحاوي
في شرح المعاني ٣٧/٤ ، والبيهقي ٣١٢/٥ والدارمي
٢٥٣/٢ وفيه : " حتى يقبضه " ، وأحمد في مسنده ٥٦/١ ،
٦٤٠ ٢٢/٢ .
(٦) ج " ابن عباس رضي الله عنه " وانظر في قوله المراجع السابقة
ما عدا الدارمي .
(٧) م : " وهو " خطأ .
(٨) م : أن يبيع حتى يكتال .
(٩) ج : ولا أجد .
(١٠) إلا : ساقط من د .
(١١) م : بدون " رسول الله " .

عن بيع الطعام حتى يُقبض ؛ لأنَّ ضمانه من البائع ، ولم يتكامل للمشتري فيه تمام ملك ، فيجوز به البيع . كذلك قسنا عليه بيع العروض قبل أن تقبض ^(١) ؛ لأنه بيع ما لم يقبض ، وربح ما لم يضمن . ^(٢)

وهذا كما قال . كل من ابتاع شيئاً من طعام وغيره ، لم يجز بيعه قبل قبضه . ^(٣)

وقال مالك ^(٤) : لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه . ويجوز بيع ما ليس بطعام مأكول قبل قبضه .

وقال سعيد بن المسيّب ، والحسن البصري : لا يجوز بيع ما يكال

- (١) م : قبل القبض .
- (٢) أنظر : مختصر المزني ١٨٠/٢ - ١٨١ .
- (٣) أنظر : الآم ٣١/٣ ، والإقناع ص ٩٢ ، والتنبية ص ٦٣ ، والمهذب ٢٦٩/١ ، والفتح ٤١٤/٨ ، والروضة ٥٠٦/٣ ، والمجموع ٢٦٤/٩ ، ٢٧٠ ، وقد نسبته إلى ابن عباس ومحمد بن الحسن أيضاً . والسنهاج مع المغنى ٦٨/٢ وفيه : والأصح أن بيعه للبائع كغيره ، والثاني : يصح . والمحلى مع قليوبي وعميرة ٢١٢/٢ . وفي قليوبي : قبل قبضه . وكذا بعده إن كان الخيار للبائع وحده ، وأولهما ولم يأذن له البائع فيه ، والأصح .
- هذا ، وقد نسبته ابن رشد في البداية ١٢٠/٢ إلى جابر بن عبد الله وأبي ثور أيضاً .
- (٤) أنظر في مذهبه : المدونة ٨٧/٤ ، ٩٥ ، والمنتقى مع الموطأ ٢٨٣/٤ ، والزرقاني ٢٣٨/٤ وفيه : وقرئ مالك في المشهور عنه بين الجراف ، فأجاز بيعه قبل قبضه ؛ لأنه مرئي فيكفي فيه التخلية وبين المكيل والموزون ، فلا بد من الاستيفاء .

أويوزن قبل قبضه ، ويجوز بيع ما لا يكال ولا يوزن قبل قبضه .
قال عثمان بن عفان (١) . وهو مذهب أحمد بن حنبل (٢) .
وقال أبو حنيفة (٣) : لا يجوز بيع ما ينقل ويحول قبل قبضه .

====
وبداية المجتهد ١٢٠/٢ وفيها : " وأما الطعام الربوي فلا
خلاف في أنّ القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من
الطعام فعنه في ذلك روايتان . والمنع هو الأظهر " ونسبه
إلى الثوري أيضا . والقوانين ص ٢٨٤ ، والحطاب مع المواق
٢٨٢/٤ ، والخرشي ١٦٣/٥ .

(١) وعلاوة على من ذكره الساورى ، قاله أيضا : الحكم ، وحطاب ،
والأوزاعي وأبو عبيد ، وإسحاق ، وربيعه ، وابن حبيب ، وعبد
العزیز بن أبي سلمة . وقد زاد الثلاثة الآخر مع المكيل
والموزون المعدود .

أنظر : بداية المجتهد ١٢٠/٢ ، والمغني لابن قدامة ٨٢/٤ ،
٨٦ ، والمجموع ٢٧٠/٩ .

(٢) هذا هو الصحيح المشهور عن الإمام أحمد ، وهو المذهب عند
الحنابلة وقد حكى عنه روايات أخرى ، منها : أنّ المنع يختص
بالمطعم من المكيل والموزون . ومنها : أنّ المنع يختص
بما ليس بمتعّين ، كقفيز من صبرة . وما بيع جزافا جاز بيعه
قبل قبضه ، ومنها : أنّ كل مبيع لا يجوز بيعه قبل قبضه .
ومنها : أنّ المنع يختص بما إذا باعه من غير بائعه . أما إذا
باعه من بائعه فيجوز . أنظر مذهب في :

مسائل الإمام أحمد لأبي داود ص ٢٠٢ ، والكافي ٢٧/٢ ، والمغني
لابن قدامة ٨٦/٤ ، والإنصاف ٤٦٠/٤ ، وشرح منتهى
الإرادات ١٨٧/٢ ، وكشاف القناع ٢٢٩/٣ ، وفيه : " وقيس عليهما
- المكيل والموزون - المعدود والمزروع ، لاحتياجهما لحق توفية " .

(٣) واليه رجع الإمام أبو يوسف في قوله الأخير . وأما الإمام محمد
وزفر فقد قالوا بمثل قول الشافعي ، وهو اختيار الطحاوى أيضا .

ويجوز بيع ما لا ينقل ^(١) ولا يحول قبل قبضه .

واستدلوا جميعا في الجملة بحديث ابن عمر ^(٢) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من ابتاع طعاما فلا يبعه ^(٣) حتى يستوفيه " فحمله مالك على الطعوم . وحمله سعيد بن المسيب على أنسه مكيل موزون . وحمله أبو حنيفة على أنه محمول منقول . فكل مستنبط منه معنى مذهبه .

قالوا : ولأن البيع يجمع ثمننا وثننا . فلما جاز بيع الثمن قبل قبضه ، حتى إن كان الثمن دراهم ، جاز أن يأخذ مكانها متاعا أو عرضا ، وجب أن يجوز / بيع الثمن قبل قبضه ، حتى إن كان متاعا جاز أن يأخذ مكانه دراهم أو دنانير . وتحرير ذلك علة : أنه أحد عوضي البيع ، فجاز بيعه قبل قبضه ، كالثمن ^(٤) .

ولأن بيع ما لم يقبض ، إنما هو إزالة الملك ^(٥) عنه . فلما جاز للمشتري أن يزيل ملكه عما لم يقبضه بالعتق والاستهلاك ، جاز أن يزيل ملكه عنه بالبيع . وتحرير ذلك علة : أنه أحد نوعي ما يزول ^(٦) به الملك ، فجاز فيما لم يقبض ، كالعتق .

==انظر : مختصر الطحاوي ص ٨٤ ، والتحفة للسمرقندي ص ٥٥ ، والبسوط ٨/١٣ ، والبدائع ٣٠٩٨/٢ ، وفتح القدير ٥١٠/٦ ، وتبيين الحقائق ٧٩/٤ ، والبحر الرائق ١٢٦/٦ ، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٤٧/٥ .

- (١) د : ما لم ينقل .
 (٢) ابن : ساقط من أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .
 (٣) أثبتته من ج . أ ، ب ، د : " فلا يبيعه " وكذا في بعض الروايات .
 (٤) كالثمن : أثبتته من ب . ولا يوجد في : أ ، ج ، د .
 (٥) ب : ملك .
 (٦) ب : ما يزول .

ثم انفرد أبو حنيفة مستدلاً لمذهبه بأن قال : حقيقة القبض : هو النقل والتحويل . فما لا يمكن ^(١) نقله وتحويله ، تنتفي عنه حقيقة القبض ، فاقضى أن لا يكون لقبضه تأثير ^(٢) في جواز التصرف فيه بالبيع وغيره .

قال : ولأنَّ ما لا ينقل ^(٣) مأمون الهلاك ، فلا يلحق العقد فسخ بتلفه في يد بائعه ، فجاز بيعه للأمن من فسخه . وتحرير ذلك قياساً : أنه ملوك بعقد لا يخشى انفساخه بهلاكه ، فوجب أن يجوز تصرفه فيه بالبيع وغيره ، كالقبوض . ولأنَّه ملوك بسبب مأمون الفساد ^(٤) فجاز بيعه قبل قبضه ^(٤) كالمراث ^(٥) .

ولأنَّ المشتري يزيل ملكه بالبيع ، كما يزال ملكه بالشفعة . فلمَّا جاز أخذه بالشفعة قبل القبض ، جاز بيعه قبل القبض وتحرير ذلك قياساً : أنه عقار ملك على المشتري بعوض ، فلم يمنع منه ^(٦) تأخر القبض ، كالشفعة .

ودليلنا : رواية عبد الله بن عصة أن حكيم بن حزام حدّثه أنه

قال : " يا رسول الله ! إني أشتري بيوعا ، فما يحلّ لي منها وما يحرم ؟ قال : إذا اشتريت بيعاً ، فلا تبعه حتى تقبضه ، ولا تبـع

(١) د : فما لم يمكن .

(٢) أ ، د : تأثيراً . والتصويب من : ب ، ج .

(٣) د : ما لم ينقل .

(٤) ما بين القوسين أثبتته من ب . ولا يوجد في : أ ، ج ، د .

(٥) د : " بالمراث " وهو خطأ .

(٦) منه : ساقط من د .

ما ليس عندك .^(١) فكان^(٢) هذا النهي عامًا في كل مبيع .
 وروى عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه ، عبد الله بن
 عمرو^(٣) : " أن النبي صلى الله عليه وسلّم نهى عن ربح^(٤) ما لم يضمن .^(٥)
 والمبيع قبل القبض غير مضمون على المشتري بدليل أن ما حدث
 به من عيب يستحقّ به المشتري الفسخ ، لأنه من ضمان البائع ، ثم قد
 منعه النبي صلى الله عليه وسلّم من طلب الربح فيه بالمبيع .
 وروى أن النبي صلى الله عليه وسلّم لما بعث عتاب بن أسيد^(٦) الى
 مكة^(٧) ، قال له : " انهم عن بيع ما لم يقبضوا ، وربح ما لم
 يضمنوا .^(٨) وهذا نصّ .

-
- (١) تقدّم تخريجه في ص : ٧٨ هامش (١) .
 (٢) ب ، د : " وكان " .
 (٣) د : " عبد الرحمن بن عمرو " وهو خطأ .
 (٤) ج : " عن بيع " وهو تصحيف .
 (٥) تقدّم تخريجه في ص : ٤٩١ هامش (١) .
 (٦) د : " غياث بن أسيد " وهو تصحيف . وهو الصحابي الجليل عتاب
 - بالتشديد - بن أسيد - بفتح الهمزة - أبو عبد الرحمن ، أو
 أبو محمد المكي ، الأموي . أسلم عام الفتح . واستعمله النبي
 صلى الله عليه وسلّم على مكة حين انصرف عنها الى حنين . فأقام
 للناس الحجّ تلك السنة . ولم يزل عليها أميراً الى أن توفي سنة
 ١٣ هـ .
 انظر في ترجمته : تهذيب الأسماء ٣١٨/١ ، والاستيعاب ١٥٣/٣ ،
 وطبقات ابن سعد ٣٣٠/٥ ، وأسد الغابة ٥٥٦/٣ ، والبدایة
 والنهاية ٣٤/٧ والإصابة ٤١٥/٢ ، وغاية المرام بأخبار سلطنة
 البلد الحرام ١٦/١ .
 (٧) الى مكة : ساقطة من د .
 (٨) أورده الشافعي في الأم ٦٠/٣ بلفظ الماوردي . وأخرجه

ولأنه مبيع لم يقبضه المشتري ، فوجب أن لا يجوز له بيعه ،

كالطعموم مع مالك ، والمنقول مع أبي حنيفة .

ولأن ملك المبيع لا يستقرّ إلّا بالقبض ، بدليل قوله تعالى :

* وذروا ما بقي من الربا . * (١) فصل بين ما قبض ، فلم يوجب

====
ابن ماجه ٢/٢٣٨ بطريقه عن عطاء ، عن عتاب بن أسيد ،
قال : " لما بعته رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مكة
نهاه عن شق ما لم يضمن " قال البوصيري في الزوائد : " في
إسناده ليث بن أبي سليم ضعيف مدلس . وعطاء هو ابن
أبي رباح لم يدرك عتابا " قلت : الشق : هو الربح كما
في شرح السنة ٨/١٤٤ .

وأخرجه البيهقي ٥/٣١٣ بطريقه عن ابن عباس أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال لعتاب بن أسيد : إني قد بعثتك إلى
أهل الله وأهل مكة فائهم عن بيع ما لم يقبضوا ، أو ربح ما لم
يضمنوا ، وعن قرض وبيع ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع
وسلف " وضعفه من أجل يحيى بن صالح الأيلي . كما أخرجه
بطريقين آخرين ، ولا يوجد فيهما الراوي المذكور .

وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس بنحو البيهقي
وفي طريقه أيضا يوجد " يحيى بن صالح " قال الهيثمي في
مجمعه (٤/٨٥) " قال الذهبي : روى عنه يحيى بن
بكير المناكير . ولم أجد لغير الذهبي فيه كلاما . وبقية
رجال رجال الصحيح " .

كما أخرجه الحاكم ٢/٢٧ بطريقين سكت عن أولهما هو
والذهبي . وقال عن الآخر : هذا حديث على شرط حكمة من
أئمة المسلمين صحيح . ووافقه الذهبي على ذلك . قلت : في
الطريق الثاني لا يوجد ذكر عتاب بن أسيد .

(١) سورة البقرة : ٢٧٨ . و " من الربا " ساقط من : د .

ردّه لاستقرار ملكه . وبين ما لم يقبض ، فأوجب ردّه لعدم ملكه .

ولأنّ الصرف يزول فيه ملك المشتري بتأخّر القبض . وإذا (١)

لم يستقرّ الملك على ما لم يقبض / لم يجز بيعه ؛ لأنّ بيع ما لم (٢) ١٠١/أ يستقرّ ملكه باطل .

ولأنّ بيع ما لم يقبض غير مقدور على تسليمه . وبيع ما لا يقدر

على تسليمه باطل ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد .

وعلى أبي حنيفة خاصة : أنّ كلّ حكم كان القبض فيه معتبرا (٣)

بالنقل والتحويل إن كان منقولا ، كان القبض فيه معتبرا بالتخليّة
والتمكن إن لم يكن منقولا . أصله تمام الهبة ، ولزوم الرهن ، وانتقال ضمان
البيع إلى المشتري ، يستوى فيه ما ينقل وما لا ينقل في اعتبار القبض فيه ،
كذلك البيع .

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث ابن عمر ، فهو أنه لا دليل

فيه من وجهين :

أحدهما : أنه بعض ما شمله عموم خبرنا ، فلم يعارضه ؛ لأنه
لم ينافه . (٤)

والثاني : أن تعلّقه لا يحجّ ، ودليل الخطاب (٥) منه لا يسلم ؛

لأنّ الشافعي إنما يجعل للخطاب دليلا إذا علق به عدد

(١) أ ، ج ، د : فإذا . والمثبت من " ب " وهو الأنسب .

(٢) أثبتته من ب ، د ، أ ، ج : " من لم " وهو خطأ .

(٣) أ : معتبر . والمثبت من ب ، ج ، د .

(٤) ب ، د : " لم ينافه " وهو خطأ .

(٥) هو مفهوم المخالفة ، وقد تقدّم تعريفه في ص : ٥٦٣ هامش (٤) .

أوصفة^(١). فتعلّق بالعدد ، كقوله : " في أربعين شاة شاة " ^(٢) .
و " إذا بلغ الماء قلّتين ^(٣) ، لم يحمل خبثا " ^(٤) . وتعلّق بالصفة ،
كقوله : " في سائمة الغنم زكاة " ^(٥) و " لا وصيّة لوارث " ^(٦) .

- (١) بل ثبت عنه القول بالمفهوم في غير العدد والصفة أيضا ،
كمفهوم الشرط ، ومفهوم الزمان والمكان ، ومفهوم الغاية .
انظر : البرهان للجويني ٤٥٣/١ ، والمستصفي ١٩١/٢ ،
والإحكام للآمدي ٢١٢/٢ .
- (٢) هذا جزء من حديث طويل روى عن ابن عمر ، وأنس ، وأبي بكر
رضي الله عنهم . أخرجه البخاري في باب زكاة الغنم ١٤٦/٢ ،
والترمذي ١٧/٣ ، وأبو داود ٩٧/٢ ، ٩٨ ، والنسائي ٢٠/٥ ،
وابن ماجه ٥٧٧/١ ، والشافعي في مسنده ١٢١/٦ ، والدار
قطني ١١٤/٢ ، والدارمي ٣٨١/١ ، وأحمد ١٢/١ ،
والحاكم ٣٩١/١ ، والبيهقي ١٠٠/٤ .
- (٣) القلّة : بالضم ، الحبّ العظيم ، والجرة العظيمة ، والجمع :
قِلَال ، انظر : القاموس ٤١/٤ ، والنهاية لابن الأثير ٤٠٤/٤ .
- (٤) روى من حديث ابن عمر بلفظ " إذا كان الماء قلّتين لم
يحمل الخبث " وفي بعض الروايات (لم يتنجسه شيء) وفي
بعضها " قلّتين أو ثلاثا " أخرجه أبو داود ١٧/١ ، والترمذي
٩٧/١ ، والنسائي ١٤٢/١ وابن ماجه ١٧٢/١ ، والدارقطني
١٤/١ ، والدارمي ١٨٦/١ ، وأحمد ٢٣/٢ ، ٢٧ ، ١٠٧ ،
والحاكم ١٣٢/١ ، والبيهقي ٢٦٠/١ . وصححه الجمّ الغفير
من أئمة الحديث . انظر تحفة الأحوذى ٢١٥/١ .
- (٥) ورد هذا في حديث طويل أخرجه البخاري ١٤٦/٢ وأبو داود
٩٧/٢ ، والنسائي ٢٠/٥ ، والدارقطني ١١٤/٢ ، والدارمي
٣٨١/١ ، وأحمد ١٢/١ ، والحاكم ٣٩١/١ .
- (٦) روى من حديث أبي أمامة الباهلي وعمر بن خارجة مطوّلا

وأما دليل الخطاب في الأسماء فلا نقول به ، وهو ههنا
معلق بالاسم . وإنما كان ابن الدقاق ^(١) من أصحابه ^(٢) يقول بدليل
الخطاب في الأسماء ^(٣) .

====
ومختصرا . أخرجه الترمذى ٤٣٣/٤ وقال : هو حديث حسن
صحيح ، وأبو داود ١١٤/٣ ، والنسائي ٢٠٧/٦ ، وابن ماجه
٩٠٥/٢ ، وابن الجارود ص ٣١٢ ، وأحمد ٢٦٢/٥ والشافعي
في الرسالة ص ١٤٠ ، والبيهقي ٢٦٤/٦ .
وقد جمع العافظ طريقه في الفتح ٣٧٢/٥ ثم قال : " ولا
يخلو إسناد كل منها عن مقال ، لكن مجموعها يقتضي أنّ
للحديث أصلا ، بل جنح الشافعي في الأسماء ، الى أنّ هذا
المتن متواتر " .
وقال أحمد محمد شاكر في تعليقه على الرسالة : " هو حديث
صحيح " .

(١) هو القاضي أبو بكر محمد بن محمد البغدادي المعروف بابن
الدقاق . ولد سنة ٣٠٦ هـ وتوفي سنة ٣٩٢ هـ وكان فقيها
أصوليا ، شرح "المختصر" وولى القضاء بكرخ بغداد . والدقاق
نسبة الى عمل الدقيق وبيعه . انظر : طبقات الشيرازي ص
١١٨ ، وتاريخ بغداد ٢٢٩/٣ ، والنجوم الزاهرة ٢٠٦/٤ ،
والوافي بالوفيات ١١٦/١ ، وطبقات السنوى ص ٥٢٢ .
ب : من أصحابنا . (٢)

(٣) ويعبر عنه الأصوليون بفهوم اللقب . وهو تعليق الحكم
بالاسم ، سواء كان مشتقا كالطعام أو غير مشتق كالأعلام ، وهو
حجة عند أحمد ومالك ، وداود والصيرفي وابن الدقاق . وأنكره
الأكثرون . انظر : البرهان ٤٥٣/١ ، والمعتمد ١٥٩/١ ،
والمستصفى ٢٠٤/٢ ، والتيسير ١٠١/١ ، والإحكام للامدي ٢٣١/٢ ،
وروضة الناظر ص ١٤٥ ، وارشاد الفحول ص ١٨٢ ، ونقل القول به
عن غير ابن الدقاق من الشافعية أيضا .

ولو التزم هذا المذهب في دليل الخطاب لم يسلم^(١) في هذا
الموضع، لأن في الخبر تنبيهها يدفع دليل خطابه . وهو أن تعليق
النهي بالطعام مع كثرة بياعاته ، وحدوث الحاجة الى المصاحبة في عقود
تنبيه^(٢) على أن غير الطعام أولى بالنهي ، فكان دليل الخطاب
مدفوعاً به .

وأما الجواب عن جمعهم بين الثمن والمثمن ، واستشهادهم
بجواز المعاوضة على الثمن قبل قبضه ، فمنتقض على قول مالك بالمطعموم
، وعلى قول أبي حنيفة بالنقول . ثم المعنى في الثمن استقرار ملك البائع
عليه قبل قبضه ، فجاز أن يعاوض عليه بأخذ بدلـه . والمثمن لم
يستقر ملك المشتري عليه قبل قبضه ، فلم يجوز أن يعاوض عليه .

وأما الجواب عن قياسهم على العتق ، فالمعنى في العتق أنه
استهلاك لا يعتبر فيه الشروط المعتبرة في العقود ، كما يجوز أن يستهلك
المطعموم والنقول قبل قبضه ولا يجوز أن يبيعه قبل قبضه .

وأما الجواب عن قياس أبي حنيفة ما لا ينقل على المقبوض
بعلّة أنه لا يخشى^(٣) انفساخ البيع بهلاكه ، فينتقض بمن اشترى طعاماً
كيلاً وقبضه جزافاً ، قد أمن فسخ البيع بهلاكه ، ولا يجوز بيعه قبل كيـله .
وفي العكس ، من اشترى علوّ دار ليس يأمن فسخ العقد بهلاكه / ويجوز ٩٢/ب
(٤)

(١) ب ، د : لم نسلم .

(٢) في النسخ : " تنبيهها " وهو خطأ والصواب ما أثبتته .

(٣) أثبتته من ب . أ ، ج ، د : " لا يجوز " وهو تصحيف .

(٤) من هنا اختلف الترتيب في الاصل ، فانتقل من ق ١٠١/أ الى

ق ٩٢/ب .

بيعه قبل قبضه .

ثم نقول : المعنى في المقبوض أنه صار من (١) ضمان المشتري ،
فجاز بيعه . وما لم يقبض وإن كان غير منقول ليس من ضمان المشتري ، فلم
يجز بيعه .

وكذا الجواب عن الميراث ، أنه (٢) جاز له بيعه قبل قبضه ،
لأنه من ضمانه .

وأما الجواب عن قياسهم على الشفعة ، فهو أنه لا يصح (٣) على
أصلهم ؛ لأن مذهبهم أنه مأخوذ بالشفعة من البائع دون المشتري . (٤)
ولذلك يجب عندهم عهدة (٥) الشفيع على البائع دون المشتري . (٦)

-
- (١) أثبتته من ب ، ج ، د . أ " في " .
(٢) أنه : أثبتته من ب ، ج . ولا يوجد في أ ، د .
(٣) د : لا يصلح .
(٤) قلت : في المذهب الحنفي يؤخذ الشقص من المشتري إذا
تسلّمه . وأما إذا لم يتسلّمه من بائعه فللشفيع الخيار في أن
يأخذه من البائع أو المشتري . وعند الحنابلة يأخذه
ممن يده عليه بائعا كان أو مشتريا . وفي رواية عن أحمد
- وهو ظاهر المذهب المالكي - يأخذه من المشتري مطلقا .
انظر : المغني لابن قدامة ٢٣٩/٥ . والخرشي ١٦٢/٦ ،
والدر المختار ٢٢٨/٦ .
(٥) العهدة : كتاب الشراء أي الفاتورة ، وضمان الدرك أي ضمان
الثلث إذا خرج المبيع مستحقا أو مبيعا . انظر : المختار
ص ٤٦٠ ، والمصباح ٤٣٥ وتعذيب الأسماء ٤٩/٤ .
(٦) قلت : عند الحنفية عهدة الشفيع على البائع قبل تسليم
المبيع إلى المشتري وبعده على المشتري . وعند المالكية

ثم على أصلنا أنّ الشفعة مستحقة على المشتري،^(١) لا نسلم هذا القياس ؛ لأنّ الشفعة تستحقّ جبرا ، فلم يفتقر ثبوتها الى جواز التصرف ، فجاز قبل القبض (وإن عدم التصرف . والبيع عقد تراض يفتقر ثبوته إلى جواز التصرف ، فلم يجز قبل القبض)^(٢) لعدم التصرف .

- فصل -

فإذا تقرر أنّ بيع ما لم يقبض باطل ، فتصرف المشتري فيه قبل قبضه ينقسم ثلاثة أقسام : قسم ينفذ تصرفه فيه ، وقسم لا ينفذ تصرفه فيه ، وقسم يختلف قوله فيه .

فأما ما ينفذ تصرفه فيه ، فضربان : ضرب ينفذ ويكون قبضا . وضرب ينفذ ولا يكون قبضا .

فأما ما ينفذ ويكون قبضا ، فالعتق ، والوقف ، والصدقة .

====
والشافعية والحنابلة : هي تجب على المشتري مطلقا .
انظر : الكافي لابن عبد البر ٢/٨٦٤ ، والمهذب ١/٣٩٠ ،
وكشاف القناع ٤/١٦٣ ، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين
٦/٢٢٨ .

- (١) انظر : النكت للشيروازي ٣/١١٧٦ والتنبيه ص ٨١ " وإن امتنع - أي المشتري - من قبضه أجبر عليه ، ثم يؤخذ منه " والمهذب ١/٣٨٩ وفيه : " فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه وإن كان في يد البائع ففيه وجهان . أحدهما : يجوز أن يأخذ منه لأنه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري .
والثاني : لا يجوز أن يأخذ منه ، بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه ؛ لأنّ الأخذ من البائع يؤدّي الى إسقاط الشفعة لأنه يفوت به التسليم ، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة ، وما أدّى إثباته الى إسقاطه سقط . "
(٢) ما بين القوسين ساقط من د .

فأما (١) عتق العبد أو الأئمة ، فإنه نافذ ويكون قبضاً (٢) يخرج به العبد (٣) من ضمان البائع ، سواء رفع يده عنه أو لم يرفع ؛ (٤) لأنه صار بالعتق حراً ، والحر لا يضمن باليد .

وأما وقف الدور والأرضين ، فنافذ فيما لم يقبض ، ويكون قبضاً (٥) يستقر به (٦) لزوم البيع . فإن رفع البائع يده عنه سقط ضمانه عنه . وإن لم يرفع يده عنه (٧) ، فهو مضمون عليه بالقيمة ، دون الثمن ، لأن نفوذ الوقف قد أثبت قبض البيع (٨) ، فلم يضمن الثمن . واستدامة (٩) اليد

(١) ب : " وأما " ويأباه السياق .

(٢) هذا هو أصح الأوجه لدى الشافعية ، وهو قال جمهورهم . وفي وجه : يبطل العتق ، لأنه إزالة ملك كالبيع . قاله أبو علي ابن خيران . وفي وجه - قاله ابن سريج - : إن لم يكن للبائع حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلاً ، أو حالاً وقد أداه المشتري صح ، وإلا ، فلا . انظر : الفتح ٤١٦/٨ ، والروضة ٥٠٦/٣ .

(٣) ب : " العقد " وهو تصحيف .

(٤) ب : " أولم ترفع " وهو خطأ .

(٥) وهذا مبني على ما إذا قلنا إن الوقف لا يفتقر إلى القبول .

وأما إذا قلنا إنه يفتقر إلى القبول ، فهو كالبيع . انظر :

الفتح ٤١٧/٨ ، والروضة ٥٠٦/٣ .

(٦) د : ليستقر به .

(٧) عنه : ساقط من د .

(٨) البيع : أثبتته من د . أ ، ج ، د : " البيع " وهو تصحيف .

(٩) أثبتته من ب ، ج ، أ " فاستدامة " د " باستدامة " وكلاهما تصحيف .

الضامنة ، توجب غرم القيمة ^(١) ، لأن الوقف يضمن .

وأما إباحة الطعام للفقراء ، والمساكين ، فيكون قبضا إذا كان ابتياع الطعام صبرة ، ويسقط ضمانه عن البائع . وإذا ^(٢) كان ابتياعه كيلا ، لم يستقر القبض ، وكان مضمونا على المشتري بمبلغ كيله . والرجوع إن اختلف في قدره إلى قوله .

ثم في معنى هذا كل استهلاك كان من جهة المشتري مباحا ، أو غير مباح كالقتل ، فإنه يكون قبضا .

وأما ما ينفذ ولا يكون قبضا ، فالتدبير والوصية ، وتزويج الامة ^(٣) ولا يكون وطء الزوج لها قبضا .

وقال أبو حنيفة : ^(٤) يكون وطئه لها قبضا .

وهذا خطأ ، لأن وطء الزوج إنما يكون قبضا في حق نفسه في الاستمتاع ، ولا يكون قبضا في حق غيره .

وأما وطء المشتري ، فإن كان / مع رفع يد البائع عنها ، ^(٥) ٩٣/أ

(١) د : " فوجب تحريم القيمة " وهو تصحيف .

(٢) أ ، د : " إذا " ب : " وإن " والمثبت من ج .

(٣) وهو أصح الأوجه لدى الشافعية . والثاني : أنه لا يصح .

والثالث : إن كان للبائع حق الحبس ، لم يصح ، وإلا صح .

انظر : فتح العزيز ٤١٩/٨ ، والروضة ٥٠٦/٣ .

(٤) انظر : تحفة الفقهاء ٥٨/٢ وفيها : " يكون قبضا ، لأن وطء

الزوج باذن المشتري بمنزلة وطء المشتري " والمبسوط ٧٨/١٣ ،

ومدائع الصنائع ٣٢٥٣/٧ ، والفتاوى الهندية ٢١/٣ .

(٥) د : بدون " عنها " .

كان قبضا ، وان كان معيقا يده عليها ، لم يكن قبضا . فهذا حكم القسم الأول فيما ينفذ من تصرفه .

وأما القسم الثاني - وهو ما لا ينفذ من تصرفه - فهو ما كان من عقود المعاوضات ، كصداق الزوجات ، وأجور المستأجرات ، أو عقود الإيجارات ، أو صلح في حقوق ومطالبات ، فكل هذا وما شاكله باطل ^(١) .

فإذا جعل المبيع صداقا لزوجته في عقد نكاح ، يبطل الصداق ولم يبطل النكاح . ولو جعله أجرة لدار استأجرها كانت الإجارة باطلة لوها . تصرفه في الأجرة . ولو كان المبيع دارا فأجرها ، بطلت الإجارة ، لوها . تصرفه في الدار المؤجرة ^(٢) . ولو جعله صلحا على دين ، كان صلحا باطلا ، لأن الصلح بيع ^(٣) .

وأما القسم الثالث - وهو ما اختلف قوله فيه - فالكتابة ^(٤) والرهن ، والهبة . فإذا كاتب العبد الذي ابتاعه قبل قبضه ، ففي الكتابة قولان : ^(٥) أصحهما : أنها ^(٦) باطلة ؛ لأنها عقد معاوضة . والثاني : صحيحة ، لأن المغلب فيها المقت .

وأما الرهن ، فإن كان الثمن باقيا على المشتري أو بعضه كان رهنه

(١) وهو الأصح ، وفي وجهه : تصح هذه التصرفات . انظر :

مغنى المحتاج ٢/٦٩٠ .

(٢) أثبتته من ب . ج ، وفي أ ، د : " المستأجرة " .

(٣) انظر : المهذب ١/٣٤٠ ، والتنبيه ص ٧٣ .

(٤) أثبتته من ب . أ . ج ، د : كالكتابة .

(٥) وحكى الشيخان في ذلك وجهين . انظر : فتح العزيز ٨/٤١٧ ،

والروضة ٣/٥٠٦ .

(٦) أنها : ساقط من ب .

باطلا ، لأنه مرهون على نفسه . وإن كان قد ^(١) دفع جميع ثمنه ،
ففي جواز رهنه قولان . ^(٢)

أحدهما : باطل ؛ لأن ما لا يجوز بيعه ^(٣) ، لا يجوز
رهنه .

والثاني : جائز ، لأنه لما جاز أن يكون مرهونا على نفسه ،
جاز أن يكون مرهونا على غير نفسه .

وأما هبته قبل قبضه ففيها قولان من اختلاف قوله هل يلزم
فيها المكافأة أم لا ؟ ^(٤) فإذا قيل بوجوب المكافأة فيها ، بطلت الهبة ؛
لأنها معاوضة . وإذا قيل إن المكافأة لا تجب فيها ، صحت الهبة .

فإن كانت لأجنبي احتاج الواهب أن يقبضها من البائع
بنفسه ^(٥) أو وكيله ، ليستقر له ملكها ، ويسقط عن البائع ضمانها ،
ثم يدفعها إلى الموهوب له ، ليتّم له هبتها .

وإذا ^(٦) أذن الواهب للموهوب له أن يقبضها من البائع ،
فقبضها منه ، لم يصح ^(٧) ؛ لأنها عقدان يلزم في كل واحد منهما القبض ،

(١) د : بدون " قد " .

(٢) وأطلق النووي فقال : في الرهن والهبة وجهان ، وقيل : قولان .
أصحهما عند جمهور الأصحاب ، لا يصحان . الروضة ٥٠٦/٣ .

(٣) لا يجوز بيعه : ساقط من ج .

(٤) أظهرهما عند جمهور الشافعية عدم وجوب المكافأة في الهبة .

أنظر : الروضة ٣٨٥/٥ .

(٥) د : " نفسه " وهو خطأ .

(٦) ب : فلو .

(٧) وقال البغوي في التهذيب : يكفي ، ويتمّ به البيع والرهن والهبة

بعده . أنظر : الفتح ٤١٨/٨ ، والروضة ٥٠٦/٣ ، والمجموع
٥٦٥/٩ .

فلم يكن القبض الواحد نائبا عن عقدين .

ثم ينظر ، فان كان الموهوب له قبضها لنفسه ^(١) ، لم يكن ذلك قبضا ؛ لا عن البيع ، ولا عن الهبة . أمّا عن البيع ، فلاّ القبض لم يكن للمشتري . وأمّا عن الهبة فلاّ أنه ^(٢) لا يصحّ إلّا بعد قبض البيع .

والبائع ضامن لها بالثمن ، حتى إن ^(٣) تلفت بطل البيع لعدم القبض فيه . والمشتري الواهب ضامن لها بالقيمة ، حتى إن تلفت ضمنها ^(٤) للبائع ؛ لأنّها مقبوضة عن أمره ، بوجه معاوضة .

وهل يكون الموهوب له ضامنا ^(*) / لها بالقبض أم لا ؟ على ١٠٢/ب وجهين : أحدهما : لا ضمان عليه ؛ لأنّه ليس بمعاوضة ، والثاني : عليه الضمان ؛ لأنّ يده دخلت من جهة الواهب ، وهو ضامن .

فأمّا إن كان الموهوب له قبضها للواهب المشتري ، صحّ القبض في البيع ، وبرى البائع من الضمان ، وضمنها المشتري بالثمن . ولا ضمان على الموهوب له بالقبض ؛ لأنّه وكيل الواهب فيه . ويحتاج الى استيناف قبض ليتمّ به الهبة . فان أذن له الواهب في قبض ذلك من نفسه ، لم يصحّ أن يكون قابضا من نفسه مقبضا لها . ^(٥)

(١) من ب ، ج ، وفي أ ، د : " من نفسه " وهو خطأ .

(٢) ج : فانه ، وهو خطأ .

(٣) ب : حتى لو .

(٤) ب ، ج : غرمها .

(*) من هنا عاد الترتيب الى طبيعته فانتقل من ٩٣/ب الى ١٠٢/ب .

(٥) ب ، ج : " بزيادة " والله أعلم .

وانظر في جزئيات هذا الفصل : المهدّب ٢٦٩/١ ، والفتح

٤١٦/٨ ، والروضة ٥٠٦/٣ ، والمجموع ٢٦٤/٩ ، ومغني

المحتاج ٦٩/٢ ، ونهاية المحتاج ٨٥/٤ ، وشرح المحلى

- فصل -

وإذا ابتاع عبدا بألف درهم وقبضه ، ثم إنَّ البائع نقص المشتري من الثمن مائة درهم . فإن كان هذا النقصان بعد التفريق ، كان إبراءً أحضاً ، يصحّ وإن كان المشتري قد باع العبد ، أو وهبه ، أو اعتهقه ، أو كاتبه ، لأنَّه إبراءٌ من دين لا تعلّق له بالعبد . وكذا لو كان العبد قد مات في يده .

فلو كان باقياً وقد ردّه (١) بعيب ، رجع بالألف كلها ؛ لأنَّ الثمن ألف ، وإن أبرأه من بعضه .

وفيه قول آخر أنه يرجع عليه بتسع مائة . وهو القدر الذي أدّاه ، فخرّج من اختلا ف قوله في الزوجة إذا أبرأت زوجها من صداقها ، ثم طلقها قبل الدخول ، هل يرجع عليها (٢) بنصفه ، أم لا ؟ على قولين . (٣)

فأمّا إذا كان قد دفع إليه بألف عرضاً (٤) ، فإنه يرجع عليه إذا ردّه معيباً بالألف الثمن ، دون العرض . لا يختلف فيه المذهب . (٥)

(١) ب : " فردّه " ج : " وردّه " .

(٢) د : عليه . وهو خطأ .

(٣) انظر : المهذب ٦٠ / ٢ ، والتنبيه ص ١٠٨ وفيه :

" وإن كان - أي الصداق - دينا ، فأبرأته منه ، ففيه قولان .

أصحهما : أنه لا يرجع عليها " .

(٤) د : عوضاً . وهو خطأ .

(٥) هذا هو مذهب جمهور الشافعية . وقال القاضي أبو الطيّب :

: إنه يرجع بالشوب الذي هو العرض ، لأنَّه إنما تملكه بالثمن ،

وأما إذا كان النقصان قبل التفريق، فهذا فسخ للبيع الأول .
واستئناف بيعه بتسعة مائة . فلورده بعيب، رجع بتسعة مائة لا غير ؛
لأنها جميع الثمن .

فلو كان المشتري قد باعه ، أو وهبه ، أو أعتقه ، أو كاتبه ،
لم يصح هذا النقصان ، وكان على المشتري جميع الألف ؛ لأن فسخ البيع
بعد هذه الأحوال لا يصح . وكذا لو كان العبد قد تلف .

فلو لم ينقصه ، لكن ^(١) أعطاه قبل التفريق بالثمن ^(٢) عرضا .
فإن كان بعد أن باع العبد ، أو أعتقه ، أو وهبه لم يجز ؛ لأنه يكون
فسخا للبيع بالألف ، واستئناف بيعه بالعرض ، والفسخ بعد هذه
الأمر لا يصح .

وإن كان مع بقاء العبد على حاله جاز ، وكان استئناف بيع
مبتدأ للعبد بالعرض ^(٣) . فلورده بعيب رجع بالعرض ؛ لأنه الثمن .

ولا يكون ما تقدم من قبض المشتري للعبد مجزئا ، حتى يحدث
له البائع قبضا بعد تقدير العرض ، أو بعد النقصان إن كان نقصا ؛
لأنه لما ارتفع العقد الأول بالنقص ^(٤) من الثمن ، أو بالعرض المأخوذ

- ====
- فإذا فسخ البيع ، سقط الثمن عن ذمة المشتري ، فيفسخ بيع
الثوب به . ويستند الجمهور أن الثوب ملوك بعقد آخر .
انظر : الفتح ٣٩٢/٨ ، والروضة ٤٩٦/٣ ، والتكلمة ٣٠٨/١٢
- (١) د : " لكان " وهو تصحيف .
(٢) ج : " الثمن " بسقوط الباء .
(٣) ب : " بالعرض " وهو تصحيف .
(٤) ب ، د : " بالقبض " وهو تصحيف .

عن الثمن ، وصار ذلك بيعاً مبتدأ ، افتقر الى قبض / بعده ، ولم ١٠٣ / أ
يصح فيه قبض تقدّمه .

فلو تلف العبد قبل إحداث قبض ثان (١) ، بطل البيع لتلف
المبيع قبل القبض ، ويكون مضموناً على المشتري بالقيمة دون الثمن ؛ لأنّ بطلان
البيع قد أسقط عنه الثمن . ولزمته القيمة ؛ لأنه كان في قبضه بعوض .
وكذا لو كان المشتري قد زاد البائع في الثمن مائة ، كان على
ما مضى : إن كان بعد التفريق ، كانت (٢) الزيادة هبة لا يرجع بها
المشتري إن ردّه (٣) بعيب . وإن كان (٤) قبل التفريق ، كانت (٥)
فسخاً للبيع ، واستينافه بألف والمائة الزائدة (٦) . ويرجع (٧) بها
مع الألف إن ردّه بعيب . ولا يصح بعد تلف العبد ، أو (٨) عتقه (٩) .

- فصل -

وإذا ابتاع عبداً بعبد ، فقبض (١٠) العبد الذي ابتاعه ،
ولم يسلم العبد الذي باعه ، فلا بأس أن يبيع العبد الذي قد ابتاعه ؛

-
- (١) ثان : أثبتته من ج . وفي أ ، ب ، د : "ثاني" وهو خطأ .
(٢) ب : "وكانت" وهو خطأ .
(٣) د : لو ردّه .
(٤) كان : ساقط من د .
(٥) د : "كان" وهو خطأ .
(٦) ب : ومائة الزائدة .
(٧) د : ويرجع .
(٨) د : "ولا" .
(٩) لم أقف على معظم تفريعات هذا الفصل في كتب الشافعية .
(١٠) د : "بعد قبض" بدل : "بعبد فقبض" .

لأنه قد قبضه . ولا يجوز للآخر أن يبيع ما قد ابتاعه ، لأنه لم يقبضه .
فلو تلف في يده هذا العبد الذي قد باعه ، ولم يسلمه ،
بعد أن باع العبد الذي قد ابتاعه وتسلمه . بطل البيع الأول في العبد
الذي قد باعه ، لتلفه قبل القبض . ولم يبطل ^(١) البيع الثاني فسي
العبد الذي قد ^(٢) ابتاعه . لكن عليه دفع قيمته الى بائعه ؛ ^(٣) لأنه
لما بطل البيع ، استحق الرجوع به ، وقد خرج بالبيع من ملكه ، فلزمه دفع
قيمه .

فلو تلف العبدان جميعا في يده ، وجب عليه فيما ابتاعه غرم
قيمه للأول ، ورد ثمنه على الثاني ، لبطلان البيعين فيه . ^(٤)

- فصل -

وإذا ابتاع عبدا ، فذهب عضوه في يد البائع قبل تسليمه ،
لم يخل زهاب عضوه من أن يكون بآفة سماء ، ^(٥) أو بجناية آدمي .
فإن كان ^(٦) بآفة سماء ^(٥) فالمشتري لأجله بالخيار بين فسخ

(١) هكذا قطع به جمهور الأصحاب ، إلا المتولي فإنه قال : في بطلان
البيع الثاني وجهان . أحدهما : أنه لا يبطل قال : وهما
جنيان على أن الفسخ هل يرفع العقد من أصله ، أو من حينه ؟
إن قلنا من أصله ، بطل ، والآخر فلا . انظر : التكملة
٠٢٧٠/٩

(٢) قد : ساقط من د .

(٣) ب : * دفع قيمة الذي باعه * وهو خطأ .

(٤) انظر : الشافعي ٦/ب ، والفتح ٢١/٨ ، والروضة ٥٠٧/٣ ،
وفي المرجعين الأخيرين فرضت المسألة في بيع عبد بثوب .

(٥) ب ، د : * سماوية * في الموضعين .

(٦) من ب ، ج ، وفي أ ، د : * كانت * وهو خطأ .

البيع لحدوث (١) الآفة به ، مع ضمانه على بائعه ، وبين الرضا به وامضاء البيع فيه بجميع الثمن .

وإن كان ذلك بجناية آدمي ، لم يخل حال الجاني من ثلاثة أحوال : إما أن يكون البائع ، أو المشتري ، أو أجنبياً (٢) .

فإن كان الجاني على عضو العبد أجنبياً (٢) ، كان للمشتري الخيار فيه ، لحدوث النقص في يد بائعه . فإن فسخ ، كان للبائع مطالبة الجاني بالأرش ؛ لأنَّ العبد قد رجع إلى ملكه بالفسخ . فإن لم يفسخ المشتري وأحبَّ الإمضاء ، فالمشتري هو الذي يستحقُّ مطالبة الجاني بالارش ، لكن بعد قبض العبد . فأما قبل قبضه ، فلا مطالبة له ، لجواز أن يموت العبد في يد بائعه ، فيبطل البيع فيه ، ويجب أرش (٣) الجناية لبائعه .

وإن كان الجاني على عضو العبد هو المشتري ، فجنايته مضمونة عليه (٤) ، ولا خيار له بها . / فإن تلف العبد بعد جنايته في يد ١٠٣/ب البائع بحادث سماء (٥) فقد بطل البيع فيه ، لتلفه قبل القبض . وصار المشتري ضامناً أرش جنايته للبائع . وفي كيفية ضمانها وجهان : (٦)

-
- (١) د : بحدوث .
 - (٢) في النسخ " أجنبي " في الموضعين والصواب ما أثبتته .
 - (٣) أرش الجراحة : ديتها ، والجمع أرش . المصباح ص ١٢٠ .
 - (٤) أي لحصول النقص بفعله ، بل يتمتع بسببه الردّ بسائر العيوب القديمة أيضاً . انظر : الفتح ٤٠٨/٨ ، والروضة ٥٠٤/٣ .
 - (٥) د : بحادث من سماء .
 - (٦) في الفتح (٤٠٩/٨) : أصحهما - وه قال ابن سريج ،

أحدهما : يضمنها بالآرش المقدّر^(١) في الأعضاء ، كالأجنبي .

والثاني : يضمنها بما نقص^(٢) من قيمته ، لأنّ الجناية كانت في ملكه ، بخلاف الأجنبي .

وإن كان الجاني على عضو العبد هو البائع ، فقد اختلف أصحابنا في جنايته هل تجرى مجرى حادث من ساء ، أو مجرى جناية آدمي ؟ على وجهين :^(٣)

أحدهما : أنها تجرى مجرى حادث من ساء ، فتوجب^(٤) للمشتري الخيار ، ولا رجوع له بالآرش إن أحبّ المقام .

(والثاني)^(٥) : أنها مضمونة كجناية الآدمي ، فتوجب^(٦) للمشتري الخيار^(٧) . فان أحبّ المقام على البيع ، رجع على البائع

=====

و ابن الحدّاد - : أنه يقوم العبد صحيحاً ، ثم يقوم مقطوعاً ، ويعرف
التفاوت بينهما ، فيستقرّ عليه من الثمن بمثل تلك النسبة .
والثاني - ويحكى عن القاضي أبي الطيّب - : أنه يستقرّ من
الثمن ، بنسبة آرش اليد من القيمة ، وهو النصف . أهـ

- (١) ب : بالآرش المقدّرة .
(٢) ب ، ج : بها نقصت .
(٣) والوجه الثاني هو الأصحّ عند معظم الشافعية ، وجعل الغزالي
الوجه الأول هو الأصحّ . انظر : الوجيز ١ / ١٤٥ ، والفتوح

٠٤١١ / ٨

- (٤) ج : " فوجب " د : " فيوجب " .
(٥) ب : والوجه الثاني .
(٦) ج : فوجب .
(٧) مابين القوسين ساقط من د .

* (بأرش جنايته بعد قبض العبد . فأماً قبله فلا .

وفي كيفية رجوعه بالأرش وجهان : أحدهما : بالمقدّر في
الأعضاء . والثاني : بقدر النقص من القيمة . (١)

- فصل -

فأماً إن قتل العبد في يد بائعه ، فإن كان قتله بحق لا يضمن ،
كالقود ، والقتل بالردة . وقد بطل البيع فيه ، كما لو مات حتف أنفه .

وإن كان قتله بغير حق (٢) ، لم يخل حال قاتله من ثلاثة
أحوال . إمّا أن يكون البائع (٣) أو المشتري ، أو أجنبياً . (٤)

فإن قتل المشتري ، كان ذلك قبضاً (٥) ، ولا خيار له . وإن
قتله أجنبي ، ففي البيع قولان : (٦)

(١) انظر تفريعات هذا الفصل في : الوجيز ٤٥/١ ، والشافعي
٦/ب ، والفتح ٤٠٨/٨ ، والروضة ٥٠٤/٣ ، والمنهاج مع المفتي
٦٨/٢ ، والنهاية ٨٣/٤ ، والتحفة ٤٠٠/٤ ، وشرح المحلى
٢١٢/٢ .

(٢) من ب ، ج ، وفي أ : " بحق " وهو خطأ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) في النسخ " أجنبي " وهو خطأ والصواب ما أثبتته .

(٥) وذلك لأنه أتلّف ملكه ، فشاركما لو أتلّف المالك المفصوب في

يد الغاصب ، يبرأ الغاصب ، ويصير المالك مسترداً بالإتلاف .

هذا هو الصحيح من المذهب . وفي وجه : أن إتلاف المشتري

لا يكون قبضاً ، ولكن عليه القيمة للبائع ، ويستردّ الثمن .

انظر : الفتح ٤٠٠/٨ ، والروضة ٤٩٩/٣ .

(٦) وذكر الشيخان في ذلك طريقين . أظهرهما : أنه على قولين :

أحدهما : قد بطل ^(١) ، لتلفه قبل القبض كالصوت . وللبائع مطالبة القاتل بقيمته .

والقول الثاني : أنَّ البيع لا يبطل ، لأنه قد انتقل بالجنابة ^(٢) الى بدل ، بخلاف الموت . لكن يكون المشتري بالخيار . فان فسخ كان البائع هو المطالب للقاتل بالقيمة ، لعوده الى ملكه . وإن أقام على البيع ، كان المشتري هو المطالب للقاتل بالقيمة ، لاستقراره في ملكه .
فان كان القاتل هو البائع ، فعلى وجهين : ^(٣)

أحدهما : أن جنايته كحادث من سماء . فعلى هذا يبطل البيع كما لو مات .

والثاني : أنها ^(٤) كجناية الادمي ، فعلى هذا يكون فسخي بطلان البيع قولان على ما مضى ^(٥) .

====
أصحهما : عدم البطلان . وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد . والثاني : البطلان . والطريق الثاني : القطع بعدم البطلان . انظر : الفتح ٤٠٠ / ٨ ، والروضة ٥٠٠ / ٣ .

(١) د : قد تبطل .

(٢) من ب ، ج . وفي أ . د : " بالخيار " وهو تصحيف .

(٣) فيه أيضا طريقان . أصحهما : أنه على قولين . أظهرهما :

ينفسخ البيع ، كالأفة . والثاني : لا . فعلى هذا إن هاء المشتري فسخ البيع وسقط الثمن . وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة ، وأدى له الثمن . والطريق الثاني : القطع بالقول الأول . انظر : الفتح ٤٠١ / ٨ ، والروضة ٥٠٠ / ٣ .

(٤) د : أنه . وهو خطأ .

(٥) انظر في تفريعات هذا الفصل : الفتح ٣٩٩ / ٨ ، والروضة

٤٩٩ / ٣ ، والمنهاج مع المغني ٦٦ / ٢ ، والنهاية ٨٠ / ٤ ،

وشرح المحلى ٢١١ / ٢ .

- فصل -

فلو اشترك المشتري والبائع في قتله ، لزم ^(١) البيع في نصفه ، وهو ما قابل جناية المشتري ، لأنه كالقايض له بجنايته .

فأمّا البيع في النصف الباقي ^(٢) المقابل ^(٣) لجناية البائع .

فإن قيل إنّ جنايته كافة من سماء ، بطل البيع فيه ، ورجع المشتري عليه بنصف الثمن . ولا خيار له في فسخ ما قد لزمه بجنايته ، وإن تبعضت الصفقة ، ^(٤) لغوات رده .

وإن قيل إنّ جناية البائع كجناية الأجنبي ، ففي بطلان البيع في نصفه الباقي ^(٥) قولان :

أحدهما : / قد بطل ^(٦) على ما مضى . وللمشتري ١٠٤ / أ
استرجاع نصف الثمن .

والثاني : لا يبطل البيع فيه . لكن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع فيه ، واسترجاع نصف الثمن . أو إمضاء البيع فيه وأخذ نصف القيمة . كما لو كان شريك المشتري أجنبياً . ^(٧)

-
- (١) د : لزمه .
(٢) د : الثاني .
(٣) د : " القاتل " وهو تصحيف .
(٤) ب : الصفقة به .
(٥) د : الثاني .
(٦) د : قد بطل البيع .
(٧) أنظر : المغني ٦٧/٢ ، والنهاية ٨٢/٤ (وكلاهما نقلناه عن الماوردي مختصراً) .

- فصل -

ولو ابتاع جارية بكرا ، فوطئها ، فأذهب بكارتها في يد البائع ، ثم ماتت الجارية قبل القبض ، بطل البيع فيها . ووجب على المشتري أرش بكارتها ، ولم يجب عليه مهرها ، لأن المهر من كسبها ، والكسب للمشتري . وأرش البكارة لاستهلاك ما زال ملك المشتري عنه . (١)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله (٢) : (ومن ابتاع (٣) جزافا ، فقبضه أن ينقله من موضعه . وقد روى عن عمر ، وابن عمر (٤) : أنهم كانوا يتبايعون الطعام جزافا ، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم من يأمرهم بانتقاله من الموضع الذي ابتاعوه (٥) فيه الى موضع غيره . (٦)

(١) هذا هو الصحيح في المذهب ، وفي وجهه : يجب عليه المهر كافتراض الأجنبي . وأرش البكارة هل يدخل فيه ، أو يفرد ؟ فيه وجهان : أحدهما : يدخل فعليه مهر مثلها بكرا . والثاني : يفرد . فعليه أرش البكارة ، ومهر مثلها ثيبا . انظر : الفتح ٣٧٨/٨ ، والروضة ٤٩١/٣ ، والمغنى ٦٣/٢ ، والنهية ٦٩/٤ .

(٢) ب ، د : رضي الله عنه .

(٣) ب ، ج ، م : ابتاعه .

(٤) ج : بزيادة " رضي الله عنهما " .

(٥) أثبتته من ب ، ج ، م وفي أ ، د : " باعوه " .

(٦) انظر : المختصر ١٨١ / ٢ والآم ٦٠ / ٣ .

والحديث رواه البخاري ٨٧/٣ ، ومسلم ١١٦٠/٣ ، ===

وأصل (١) هذا أَنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أطلق ذكر القبض، كما أطلق التفرق في البيع، والإحياء في الموات (٢)، والإحراز في السرقة، لاختلافها وَأَنَّ (٣) للناس عرفاً معتبراً فيها.

وإذا كان كذلك، فالحبض/بحسب اختلاف المبيع. فالحبض ^{يختلف} لا يخلو حاله من أحد أمرين : إما أن يكون منقولاً، أو غير منقول .
فإن كان غير منقول، كالعقار (٤) والأرضين، فحبض ذلك بتخلية البائع، وتمكين (٥) المشتري، وتخلية البائع برفع يده وتصرفه.
فإن وجدت التخلية من البائع، ولم يوجد التمكين من المشتري، لم يتم القبض . وإن وجد التمكين من المشتري، ولم توجد التخلية من

====
وأبو داود ٢٨١/٣، والنسائي ٢٥٣/٧، وابن ماجه ٢/٧٥٠،
والشافعي في الاثم ٦٠/٣ وابن الجارود ص ٢٠٧، وأحمد
٥٦/١، ١١٢/٢، والبيهقي ١١٤/٥ وابن أبي شيبة
٣٩٤/٦ كلهم من حديث ابن عمر بنحوه .

- (١) ب : فأصل .
(٢) الموات : بفتح الميم، الأرض التي خلت من العمارة والسكان .
وقيل : هي الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد .
انظر : المصباح ص ٥٨٤، والمختار ص ٦٣٩ .
(٣) د : ولائاً .
(٤) العقار : كل ملك ثابت له أصل، كالأرض والنخل والأبنية،
والجمع عقارات . انظر : المصباح ص ٤٢١، والمختار
ص ٤٤٥ .
(٥) د : " وتمكن " قلت : والمقصود منه أن يمكنه البائع
من التصرف في المبيع وذلك بتسليم نحو المفتاح، وعدم
وجود مانع حسي أو شرعي .

البائع ، فتمكّن (١) المشتري غير كامل ، والقبض غير تامّ .

ولوباعه الأرض مذارعة ، فتمام القبض يكون بالذرع مع
التخلية والتمكين . (٢)

- فصل -

وإن كان البيع منقولاً ، فلا يخلو حاله من أحد أمرين :

إمّا أن يكون جزافاً ، أو مقدّراً بكيل أو وزن .

فإن كان جزافاً غير مكيل ولا موزون ، كصبرة من طعام أو ثوب ،
أو عبد ، أو دابة ، أو سفينة ، فقبض (٣) ذلك بتحويله ونقله . (٤)

وقال أبو حنيفة : (٥) قبض هذا بالتخلية والتمكين ، دون
النقل والتحويل كالردور والعقار . (٦)

(١) ب ، ج : فتمكين .

(٢) انظر : فتح العزيز ٤٤٢/٨ ، والروضة ٥١٥/٣ ، ومغنى
المحتاج ٧١/٢ .

(٣) د : وقبض .

(٤) هذا هو القول المشهور لدى الشافعية ، وهو المذهب ، وبه قال
الحنابلة . وفي قول للشافعي : يكفي فيه التخلية . وفي وجه :
أنّ التخلية كافية لنقل الضمان الى المشتري ، وغير كافية لجواز
تصرّفه ، لأنّ البائع أتى بما عليه ، والمقصر المشتري حيث لم ينقل
فليثبت ما هو حقّ البائع . انظر : الفتح ٤٤٤/٨ ، والروضة
٥١٥/٣ والتكلمة ٢٧٦/٩ . وفي مذهب الحنابلة : كشاف
القناع ٢٣٥/٣ والمنع ص ١٠٨ .

(٥) وهو رواية عن أحمد وبه قال مالك في بيع الجراف . انظر :

الإفصاح ٢٢٤/١ والمغني لابن قدامة ٨٥/٤ .

(٦) انظر في مذهب الحنفية : البدائع ٣٢٤٨/٧ وفيها :

وهذا خطأ ، لرواية معمر ^(١) ، عن الزهري ، عن سالم ، عن ابن عمر ، قال : " رأيت الناس يُضربون على عهد رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم ، إذا اشتروا الطعام جزافا ، أن يبيعهـمـه حتى ينقلـهـمـه إلى رحالهم . ^(٢) ^(٣) " -----

==
" التسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي . وهو أن يخلي البائع بين البائع وبين المشتري برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه . " ثم استدلل لمذهبه بقوله : " ولنا : أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالما خالما ، يقال : سلم فلان لفلان . أي : خلص له . وقال الله تعالى : " ورجلا سلما لرجل " أي سالما خالما لا يشركه فيه أحد . فتسليم البائع إلى المشتري هو جعل البائع سالما للمشتري ، أي خالما بحيث لا ينازعه فيه غيره . وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البائع ، والتخلي قبضا من المشتري . " والفتاوى الهندية ١٦/٣ ، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥٦١/٤ .

- (١) هو المحدث المشهور أبو عروة معمر بن راشد بن أبي عمرو البصري . سكن صنعاء . تفقه وسمع من همام بن منبه اليمني ، والزهري ، وهشام بن عروة ، وخلائق . وأخذ عنه الثوري ، وابن عيينه وعبد الرزاق فقيه اليمن . واتفقوا على توثيقه وجلالته . توفي سنة ١٥٣ هـ وهو ابن ٥٨ سنة .
- انظر في ترجمته : طبقات فقهاء اليمن ص ٦٦ ، وتهذيب الأسماء ١٠٧/٢ ، والتذكرة ١٩٠/١ ، والشذرات ٢٣٥/١ .
- (٢) في النسخ : " أن يبيعه حتى ينقله إلى رحله " وهو لا يلائم السياق .
- (٣) أخرجه البخاري ٩٠/٣ وسلم ١١٦١/٣ وأبو داود ٢٨٢/٣ ، والنسائي ٢٥٣/٧ ، كلهم بالفاظ متقاربة بنحو ما وردى . قلت : والرحل : هو المسكن والمنزل ، جمعه رحال . انظر : المختار ص ٢٣٧ ، والمصباح ص ٢٢٢ .

ولأنه منقول ، فلم يتم قبضه بمجرد التمكين ، كالمكيل .

وإذا ثبت أن قبضه لا يتم إلا بالنقل والتحويل ، نظر ، فسان

كان البائع قد قبض ثمنه / ، جاز للمشتري أن ينفرد بنقله من غير ١٠٤ ب /
حضور البائع ولا إذنه ، لأنه لا حق للبائع في ثمنه ، فلم يفتقر المشتري في
القبض الى إذنه .

فان لم يكن البائع قد قبض الثمن ، وأبقيته له منه بقية لم يكن

للمشتري نقله إلا عن إذن البائع ، ودون حضوره ، لأنه يستحق حبه على
ثمنه .

ثم لا يستقر القبض بالتحويل إلا بعد إخراج من الحرز الذي

كان فيه الى غيره . فان نقله من أحد جانبي الدار الى الجانب الآخر ،

لم يتم القبض . وكذلك لو نقله من علو الدار الى سفليها ، ومن سفليها
الى علوها ، لم يتم القبض ؛ لأن الحرز واحد .

ولو نقله من بيت في الدار الى بيت آخر فيها ، لم يجز ، ^(١) إلا

أن تكون الدار خانات ^(٢) للتجار ، وكل بيت منها حـ

(١) وذكر الرافعي والنووي أن المبيع إن كان في دار البائع ، أو في

بقعة مخصوصة به ، فالنقل من زاوية الى زاوية أو من بيت

من الدار الى بيت آخر ، بدون إذن البائع ، لا يكفي لجواز

التصرف ، ولكن يكفي لدخوله في ضمانه . وإن نقل باذنه

حصل القبض ، وكأنه استعار ما نقل إليه المال . انظر : الفتح

٥١٦ / ٣ والروضة ٤٤٥ / ٨

(٢) ج : " خانقان " وهو تصحيف . د : " خانا " بسقوط الحرف الأخير

قلت : والخانات جمع خانة ، بمعنى الحانوت ، وهو معرب .

انظر : المعجم الوسيط ٢٦٢ / ١

لرجل مفرد^(١)، فيتم القبض لاختلاف الأحراز . فإذا نقله عن الحرز الذي كان فيه استقرّ القبض ، وإن لم يجعل^(٢) في حرز المشتري .

فلو لم ينقله المشتري من حرز البائع ، حتى اشترى الحرز منه ، لم يلزمه نقله^(٣) ، واستقرّ قبض الطعام بالتكئين من حرزه الذي ابتاعه ، لأنه إذا ملك الموضع مع ما فيه ، لم يلزمه نقل ما فيه .

ألا ترى أنه لو اشترى دارا مع ما فيها من المتاع لم يفتقر قبض المتاع الى تحويله من الدار ، وكان تكئينه من الدار قبضا للدار ولما فيها من المتاع.^(٤)

ولو استعار الحرز ولم يشتره ، لم يكن ذلك قبضا . ولو استأجره كان فيه وجهان :^(٥)

أحدهما : يكون قبضا ، لأنه بالإجارة قد ملك المنافع .
والثاني : لا يكون ذلك^(٦) قبضا ، حتى ينتقل ، لأن ملك الحرز لم ينتقل .

-
- (١) ب ، ج : مفرد لرجل .
(٢) ب : وإن لم يحصل .
(٣) قال الشربيني : ولو اشترى صبرة ، ثم اشترى مكانها ، لم يكف خلافا للماوردي ، كما لو اشترى شيئا في داره فانه لا بدّ من نقله . مغني المحتاج ٧٢/٢ .
(٤) قلت : ذكر الرافعي والنووي في الأمتعة وجهين . أصحهما : أنه لا بدّ فيها من النقل ، كما لو بيعت وحدها . والثاني : أنّ القبض يحصل فيها أيضا تبعا . انظر : الفتح ٤٤٥/٨ ، والروضة ٥١٦/٣ .
(٥) أصحهما : أنه ليس قبضا . انظر : الروضة ٥١٦/٣ ، والمجموع ٢٧٧/٩ .
(٦) ذلك : لا يوجد في ب .

- فصل -

وإن كان البيع مكيلا أو موزونا ، فقبضه يتم بشيئين :
أحدهما : كيل المكيل ، ووزن الموزون . والثاني : النقل والتحويل .
فان نقله عن مكيله ^(١) من غير كيل ، ولا وزن ، صار من ضمانه .
لكن لم يتم القبض ، (فلا يجوز له بيعه حتى يكال أو يوزن . ^(٢) ولو ^(٣)
اكتاله أو وزنه ، ولم يتم يحوله ، لم يتم القبض) ، ^(٤) ولم يصير
مضمونا عليه ، لأنه لم يخرج عن يد بائعه .
ثم ^(٥) لا يصح هذا القبض إلا بحضور البائع كيله ، أو حضور
وكيله فيه ، وحضور المشتري لاكتياله ، أو حضور وكيله فيه . سواء تقابضا
الثنى ، أم لا .

فلو أذن البائع للمشتري أن يكتاله لنفسه ، لم يصح إلا أن
يكون ^(٦) عند الكيل مقبض من جهة البائع ، وقابض من جهة المشتري ،
ويكون الكيال أمينا يرضيان به .

-
- (١) عن مكيله ، أثبتته من ب . أ " غير مكيلا " ج " غير مكيل " .
د " مكيلا " كله خطأ والصواب ما أثبتته .
(٢) قال الرافعي في الفتح (٤٤٨ / ٨) : " وأما تصرفه فيه بالبيع
ونحوه ، فان باع الكل ، لم يصح ، لأنه قد يزيد على القدر
المستحق وإن باع ما يستيقن أنه له فوجهان : عن أبي
إسحاق أنه يصح . وقال ابن أبي هريرة ، وساعده الجمهور :
لا يصح ، لعدم القبض المستحق بالعقد " وراجع أيضا :
الروضة ٥١٨ / ٣ والمجموع ٢٢٨ / ٩ .
(٣) ب : وان .
(٤) ما بين القوسين ساقط من د .
(٥) ثم : ساقط من د .
(٦) ب : حتى يكون .

فان (١) قال البائع : أنا أكله بنفسى ، لم يلزم المشتري الرضا به وإن قال المشتري : أنا أكتاله لنفسى ، لم يلزم البائع الرضا به . فان تراضيا بكّال ، وإلاّ نصب الحاكم لهما كيّالا أميناً . (٢)

وأجرة الكيّال واجبة على / البائع (٣) ؛ لأنّ الكيل من ١٠٥/أ حقوق التسليم . وقال أبوحنيفة : (٤) أجرة الذى يملاّ القفيز على البائع ، وأجرة الذى يفرّغ على المشتري .

وهذا غير صحيح ؛ لأنّ تفريغ القفيز من تمام التسليم . فأما أجرة وزان الثمن فلازمة للمشتري (٥) ؛ لأنّ وزن الثمن من حقوق التسليم .

وأما (٦) أجرة ناقد الثمن ، فعلى وجهين : (٧) أحدهما : على المشتري أيضا مع أجرة الوزان ؛ لأنّ النقد من كمال التسليم .

والثاني : على البائع ؛ لأنّه يستظهر بذلك لنفسه .

-
- (١) ب : فلو .
 (٢) انظر : الفتح ٤٥٠/٨ ، والروضة ٥١٨/٣ .
 (٣) وكذا يجب عليه أجرة وزان المبيع وعدّاده أيضا . انظر : أسنى المطالب ٨٨/٢ ، والمغنى ٧٣/٢ .
 (٤) قلت : الكيل والصبّ في وعاء المشتري على البائع على القول المختار عند الحنفية ، وه قطع أكثرهم . وفي عيون المسائل (١٢٨/٢) : "وقال محمّد : الكيل على البائع ، وليس عليه أن يضّبه" . انظر : مختصر الطحاوى ص ٨٤ . والبدائع ٣٢٤٧/٧ والدر المختار مع ابن عابدين ٥٦٠/٤ ، ولسان الحكّام ص ٣٥٦ .
 (٥) باتفاق الأئمة الأربعة . انظر : حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤ .
 (٦) من ب وفي سائر النسخ : "فأما" .
 (٧) أصحهما : أنها على البائع . انظر : الفتح ٤٥٤/٨ ، والروضة ٥١٩/٣ .

وما اشترى كيلا ، فلا يتم قبضه بالوزن . وكذا ما اشترى وزنا ، فلا يتم ^(١) قبضه بالكيل ^(٢) . ولو اشترى منه بكيال ، فاكتاله بغير جنس ذلك الكيال ، لم يجز . مثل أن يشتري منه مائة صاع من طعام ، فيكتاله بالقفيز ، لم يتم القبض ، كما لو قبض الكيل بالوزن .

لكن لو اشترى منه قفيزا من طعام ، فاكتاله منه بالمكوك الذي هو ربع القفيز ، ففيه وجهان . وكذا لو ائكت الصاع بالمد ، كان على وجهين .

فأما المعدود ، فقبضه بالعدد والتحويل . ^(٣)

- فصل -

فأما ما باعه الأب لنفسه على ابنه الصغير بحق ولايته عليه ، ففي كيفية قبضه وجهان : ^(٤)

أحدهما : بالنقل والتحويل ، كما ذكرنا .

والثاني : بالنية إذا كانت تحت قدرته ، من غير نقل ولا تحويل ، إلا أن يكون مكيلا أو موزونا ، فلا بد من كيله أو وزنه . ^(٥)

(١) أ ، ب ، د : لا يتم . والمثبت من "ج" .

(٢) لكنه يكفي لنقل الضمان إلى المشتري . انظر : الروضة ٥١٨/٣

وحاشية الشرواني على التحفة ٤١٨/٤ .

(٣) انظر : الروضة ٥١٧/٣ وأسنى المطالب ٨٢/٢ ، والمغني ٧٣/٢ ،

والتحفة ٤١٨/٤ ، وحاشية الجمل ١٢٣/٣ .

(٤) والوجه الأول هو الأصح لدى الشافعية . انظر : الفتح ٤٥٨/٨ ،

والروضة ٥٢١/٣ ، والمجموع ٢٨٠/٩ .

(٥) ب : ووزنه .

فلو أرسل الأب عبده في حاجة ، ثم باعه على ابنه الصغير
بنفسه ، فتلّف العبد قبل أن يعود من الرسالة ، بطل البيع ، وكان تالفاً
من مال الأب ، وسقط عن الابن الثمن ، لأنه مبيع تلّف في يد بائعه
قبل القبض .

ولو كان العبد عاد الى يد الوالد ^(١) ، وجرت عليه قدرته ،
ثم مات ، كان البيع جائزاً ، وكان تالفاً من مال الابن ، وعليه جمع الثمن .
ولو عاد الى يد الوالد بعد بلوغ الابن رشده ، ثم مات
بطل البيع ، وكان تالفاً من مال الأب ، لأن الابن إذا بلغ ، لم يصح
القبض فيما اشترى له إلا بنفسه ، دون أبيه ، وإن ^(٢) كان أبوه قد
تولّى العقد .

وقال محمد بن الحسن ^(٣) : إذا كان الأب قد تولّى العقد
في صغر ابنه ، صح أن يتولّى القبض في كبر ^(٤) ابنه .
وهذا خطأ ، لأن تولّى الأب العقد والقبض عن ابنه انما
يصح لتعذر ذلك من الابن (بالصغر ، فاذا كبر الابن لم يصح ذلك من
الأب ، لا مكان ذلك من الابن) ^(٥) بالكبر .

-
- (١) أ ، د : " يد البائع " والمثبت من ب ، ج .
(٢) د : ولو .
(٣) قلت : بل صرح الامام محمد في الجامع الكبير (ص ٢١٤)
بخلاف ذلك حيث قال : " فان لم يرجع - اي العبد - حتى
كبر الابن ، فقبضه الأب له ، ثم مات ، مات من مال الأب ،
ولم يجز قبض الأب ."
وفي الفتاوى الهندية (٢٣ / ٣) : " فان رجع بعد بلوغ
الابن ، لم يصح الأب قابضاً ، ويقبض الابن بنفسه ."
(٤) ب ، ج : بعد كبر .
(٥) ما بين القوسين ساقط من د .

فلو كان الأب حين أرسل عبده في حاجة ، وهبه لابنه الصغير ،

ثم مات الأب قبل أن / يرجع اليه العبد ، بطلت الهبة ، وكان العبد ١٠٥ / ب ميراثا بين جميع الورثة ، لفوات القبض الذي تتم به الهبة .

وقال محمد بن الحسن ^(١) : يكون العبد للابن ، ولا يفترق الى قبض ، بخلاف البيع ، لأن البيع ^(٢) مضمون ، والهبة غير مضمونة . ألا ترى أنه لو وهب لابنه الصغير عبدا آبقا ^(٣) جاز . ولو باعه عبدا آبقا ، لم يجز .

قال أبو العباس بن سريج ^(٤) : إنما جازت هبة الآبق ، ولم يجز بيعه ، لأن الآبق غرر يجوز في الهبة ، ولا يجوز في البيع .

- مسألة -

قال الشافعي : (ومن ورث طعاما ، كان له بيعه قبل أن يقبضه ، لأنه غير مضمون على غيره) ^(٥) .

وهذا صحيح ، ببيع الميراث قبل قبضه جائز ، ^(٦) لعلتين :

-
- (١) انظر قوله في : الجامع الكبير ص ٢١٥ .
 - (٢) أ : " لأن البيع " والمثبت من ب ، ج ، د .
 - (٣) الآبق : هو العبد الذي يهرب من سيده . والجمع " آباق " مثل كافر وكفار . انظر : المصباح ص ٢٠ .
 - (٤) لم أقف على قوله .
 - (٥) انظر : مختصر العزني ١٨٢/٢ .
 - (٦) انظر : التنبية ص ٦٣ ، والمهذب ٢٦٩/١ ، والفتح ٤٢٣/٨ وفيه : " ولو ورث مالا ، فله بيعه قبل قبضه ، إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضا مثل ما اشتراه ولم يقبضه " والروضة ٥٠٨/٣ ، والمجموع ٢٦٥/٩ .

إحداهما : أنّ تلفه قبل القبض لا يبطل سبب ملكه ، وهو الميراث ، وتلف البيع قبل قبضه يبطل سبب ملكه ، وهو البيع .
والعلة الثانية : أنه مضمون عليه إن تلف قبل قبضه ، وليس بمضمون على غيره .

- فصل -

فأما بيع الشيء الموصى به ، فإن كان قبل القبول ، لم يجز ، وإن كان بعد القبول وقبل القبض جاز ، لما ذكرناه من العلتين في الميراث لاستقرار الملك بالقبول (١) .

- فصل -

فأما بيع الوديعة قبل استرجاعها بالقبض ، فجائز من المودع وغيره ، لما ذكرناه من المعنيين (٢) .
لكن إن باعها من المودع ، فهل يعتبر في قبضها النقل والتحويل ، أم لا ؟ على وجهين :
أحدهما : لا يعتبر فيها النقل ؛ لأنها في قبضه .
والثاني : أنه لا يصح قبضها إلا بالنقل والتحويل ؛ لأنها كانت في قبضه للمالك ، وهو إنما يقبضها لنفسه بالبيع .

- (١) انظر المراجع السابقة . قلت : وفي بيع الموصى به قبل القبول يوجد بعض التفصيل ، فقد جاء في الروضة : " وإن باعه بعد الموت - أي موت الموصى - وقبل القبول ، جاز إن قلنا : تملك الوصية بالموت . وإن قلنا : بالقبول ، أو هو موقوف ، فلا " .
(٢) انظر : المهذب ٢٧٠/١ ، والفتح ٤٢٢/٨ ، والروضة ٥٠٨/٣ ، والمجموع ٢٦٥/٩ والمنهاج مع المغني ٦٩/٢ .

فأما إذن البائع له في القبض ، فإن كان قد دفع الثمن لم
يحتج الى إذنه ، وإن لم يدفع الثمن ، فلا بدّ من إذنه .

- فصل -

وأما بيع العارية قبل استرجاعها ، فجائز ^(١) لعلّة واحدة .

وذلك أنّ تلفها قبل القبض لا يبطل سبب الملك ولا يكون ضمانها
على المستعير مانعاً من جواز البيع ، كما لا يكون ضمانها بالسوم مانعاً
من جواز البيع . ^(٢)

فإن بيعت على غير المستعير كان قبضها موقوفاً على إذن البائع
سواء قبض الثمن أم لا ليكون الإذن مسقطاً لضمان المستعير .

فإن قبضها المشتري من المستعير بغير إذن البائع المعير
فإن لم يكن الثمن ^(٣) مقبوضاً لم يصحّ القبض في البيع لعدم الإذن ، وضمنها
المشتري بالبدل ، وضمنها المستعير بالدفع . وإن كان الثمن مقبوضاً صحّ القبض
في البيع . وهل يسقط ضمانها عن المستعير؟ على وجهين :

(١) بدون خلاف وكذلك كل عقد كان خالصاً للرفق فلا خلاف أنّ

القبض ليس شرطاً في بيعه . انظر : بداية المجتهد ١٢١/٢ ،

والمغني لابن قدامة ٨٨/٤ .

(٢) انظر : الفتح ٤٢٤/٨ ، والروضة ٥٠٩/٣ ، والمجموع ٢٦٦/٩ ،

والمنهاج والمغني ٧٠/٢ ، والنهية ٨٩/٤ ، وقليوبي ٢١٣/٢

وفيه : " ويصحّ التصرف فيه - أي المعارف - وإن لم يمكن رده على

المعتد خلافاً لما وردى حيث قال : إن أمكن رده كدار ودابة

صحّ ، وإلا كارض بنيت أو غرس فلا يصحّ لجهل العدة ، ولأنّ

استرجاعها لا يمكن إلاّ بفرم قيمة البناء أو الفراس أو أورش

النقص و ذلك لا يجب على واحد من العاقلين . "

(٣) د : " فإن كان الثمن " وهو خطأ .

أحدهما : لا يسقط عنه ضمانها / ؛ لأنه دفعها من ^(١) ١٠٦/أ
غير إذن مالكيها .

والثاني : ^(٢) قد سقط عنه الضمان لزوال ملك المعير عنها
وحصولها في يد مالكيها .

فلو ابتاعها المستعير صحّ البيع . وهل يفترق قبضها إلى النقل
والتحويل؟ على ما ذكرنا من الوجهين في الوديعة .

- فصل -

فأما بيع المصوب قبل استرجاعه فان بيع على غاصبه جاز ^(٣)؛
لأنه في قبضه وتحت قدرته . وهل يحتاج في قبضه عن البيع إلى النقل
والتحويل؟ على الوجهين .

وان بيع على غير غاصبه فان لم يكن البائع قادرا على انتزاعه
من غاصبه ولا المشتري أيضا قادر على قبضه فبيعه باطل كالعبد
الآبق لتعذر قبضه .

وإن كان البائع قادرا على انتزاعه صحّ البيع وعليه انتزاعه
من يد غاصبه وإقباضه للمشتري . وإن كان البائع غير قادر على انتزاعه
ولكن المشتري قادر على أخذه وانتزاعه صحّ البيع أيضا . فان انتزعه ثبت
البيع واستقرّ الملك .

(١) أثبتته من ب ، د . وفي أ ، ج : عن .

(٢) ب : والوجه الثاني .

(٣) انظر : الفتح ٤٢٥/٨ ، والروضة ٥٠٩/٣ ، والمجموع ٢٦٦/٩ ،

وكلهم صرحوا بجواز بيعه من غاصبه ولم يذكروا حكم بيعه

من غير غاصبه . ولكن ذكره ابن قدامة في المغني ٨٨/٤ مع

التفصيل المذكور في الحاوي .

وإن^(١) قال المشتري : لست أقدر على انتزاعه لم يبطل البيع
لكن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع ، لأن ذلك عيب . فإن ادعى
البائع على المشتري أنه قادر على انتزاعه وجب على المشتري اليمين ،
وله الفسخ .

- فصل -

وأما بيع ما ملك بالصلح قبل قبضه ، فإن كان صلحا يجرى
مجرى الإبراء جاز من المصالح وكان في معنى بيع الدين بالعين ، ولم
يجز من غيره ، لأنه بيع الدين بالدين . وإن كان صلحا يجرى مجرى
البيع لم يجز بيعه من المصالح ولا من غيره كالبيع^(٢) .

- فصل -

وأما بيع ما ملك بالخلع والصداق قبل قبضه ففي جوازه وجهان
مخرجان من اختلاف قول الشافعي في تلف ذلك قبل قبضه هل يوجب

(١) ب : ولو .

(٢) انظر : الفتح ٤٢٥/٨ ، والروضة ٥٠٩/٣ ، والتكلمة ٢٦٦/٩ ،

وكلهم ذكروا أن بدل الصلح لا يجوز بيعه قبل قبضه . ولكنهم
لم يذكروا التفصيل الذي ذكره الماوردي قلت : وبه صرح ابن
قدامة الحنبلي أيضا في مغنيه ٨٧/٤ . وذكر ابن رشد في
بداية المجتهد ١٢١/٢ عدم الخلاف في ذلك .

(٣) قلت : وقد ذكر الرافعي والنووي أن فيه قولين مبنيين على

أن الصداق مضمون في يد الزوج ضمان اليد أو ضمان العقد ؟
فإن قلنا ضمان اليد جاز كالعمارة وإن قلنا ضمان العقد - وهو
الأصح - فهو كالبيع فلا يجوز بيعه قبل قبضه . انظر
الفتح ٤٢٥/٨ ، والروضة ٥٠٩/٣ ، والمجموع ٢٦٧/٩ قال :
وفي بيعه للزوج نفس الخلاف والذهب أنه لا يجوز .

الرجوع بقيته أو بمهر المثل ^(١) ؟ فأحد القولين يوجب الرجوع بمهر المثل . فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه ؛ ^(٢) (كالبيع ، لأن تلفه يبطل سبب ملكه . والثاني : يوجب الرجوع بقيته . فعلى هذا يجوز بيعه قبل قبضه) ^(*) لأن سبب ملكه لا يبطل متلفه .

- مسألة -

قال الشافعي : (ولو أسلف ^(٣) في طعام وعا طعاما آخر فأحضر المشتري منه اكتياله ^(٤) من بائعه وقال : "أكتال لك" لم يجز ؛ لأنه بيع الطعام قبل أن يقبض ^(٥) .

اختلف أصحابنا في صورة هذه ^(٦) المسألة :

فقال بعضهم : صورتها في رجل أسلم في طعام الى أجل . فلما حلّ الطعام باعه على آخر قبل قبضه ، فهذا بيع باطل ^(٧) لرواية

(*) ما بين القوسين ساقط من أ، ج، د . وأثبت من ب .

(١) وقد ذكرهما الشافعي في الآم ٥٣/٥ . قال الربيع : والقول

بالرجوع بمهر المثل هو آخر قوليه .

(٢) قلت : وه قطع الشيرازي وأكثر أصحاب الشافعي المراقبين ،

وهو مذهب المالكية أيضا . أما الحنفية فقد أجازوا بيع الصداق

والخلع قبل القبض وبه قال القاضي من الحنابلة . وأمّا

جمهورهم فقد فرقوا بين الصداق والخلع فأجازوا بيع الخلع

قبل القبض دون الصداق . انظر : المجموع ٢٦٧/٩ ومداية

المجتهد ٢٢١/٢ ، والمغني لابن قدامة ٨٧/٤ ، وفتح

القدير ٥١٢/٦ .

(٣) م : ولو أسلم .

(٤) م : فأحضر المشتري من اكتاله .

(٥) انظر : مختصر المزني ٢٨٢/٢ .

(٦) ب : بدون " هذه " .

(٧) بدون خلاف ، وكذا الحكم إذا كان السلم فيه غير الطعام عند

الشافعي عن مالك ، عن نافع ^(١) عن ابن عمر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال : " من ابتاع طعاما فلا يبيعه ^(٢) / حتى يستوفيه . " ^(٣) ١٠٦/ب

وقال آخرون ^(٤) : بل صورتها في رجل أسلم إلى رجل في طعام

إلى أجل ، وأسلم إليه غيره في طعام إلى مثل ذلك الأجل ، فحلّ

الطعام الذي له ، وحلّ الطعام الذي عليه ، فقال لمن له عليه الطعام :

" احضر معي إلى من لي عليه الطعام حتى أكتاله لك منه وأقبضه لك "

لم يجز لرواية الحسن : " أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام

حتى يجرى فيه الصاعان . " ^(٥) وقد رواء ابن سيرين مسندا عن أنس . ومعنى

الصاعين : صاع البائع وصاع المشتري . ولائهما عقدان يفتقر كلّ واحد

منهما إلى قبض فلم يجز أن يكون القبض الواحد نائبا عن العقدین .

===== الجمهور . وقال المالكية : يجوز بيعه قبل قبضه من بائعه

بمثل ثمنه أو أقلّ لا أكثر ، لأنّه يتّهم في الأكثر بسلف جرّ

منفعة . ويجوز بيعه من غير بائعه بالمثل وأقلّ وأكثر يدا بيد ،

ولا يجوز بالتأخير للغرر ، لأنّه انتقال من ذمّة إلى ذمّة . ولو

كان البيع الأول نقداً الجاز .

أنظر : المغني لابن قدامة ٢٢٧/٤ ، ومداية المجتهد ١٧١/٢

والقوانين ص ٢٩٦ .

(١) عن نافع : ساقط من أ . وأثبتته من باقي النسخ .

(٢) أثبتته من ج . وفي سائر النسخ : فلا يبيعه .

(٣) تقدّم تخريجه في ص : ٧٤١ هامش (٥) .

(٤) وهو قول أكثرهم ، وعليه ينطبق كلام الشافعي . ولا ينطبق على

الصورة الأولى ، ولو كان الشافعي أرادها لقال : " وبيع ذلك

الطعام آخر " راجع التكملة الثانية للمجموع ١٥٣/١٣ .

(٥) تقدّم تخريجه في ص : ٦٧٨ هامش (٣) .

فعلى هذا يكون هذا (١) القبض نائباً عما ابتاعه ولا ينوب
عما باعه حتى يستأنف كييله عليه . فان تسلمه المشتري منه بذلك الكيل
صار من ضمانه (٢) وإن كان القبض فاسداً . فان زاد الطعام بالكيل
الثاني كانت الزيادة له ، وإن نقص كان النقصان عليه إن جاز أن يكون
مثله بين الكيلين .

- مسألة -

قال الشافعي : (ولو قال (٣) : أكتاله لنفسي وتأخذه (٤)
بالكيل الذى حضرته (٥) لم يجزأ أيضاً ؛ لأنه باع كيلا فلا يبرأ (٦)
حتى يكيله لمشتريه . وتكون له زيادته ، وعليه نقصانه . (٧)
وصورتها في رجل له طعام من سلم وحل (٨) عليه طعام
من سلم . فقال للذى حل له عليه الطعام : (٩) " احضر معى عند من
لي عليه الطعام حتى أكتاله (١٠) لنفسى ، ثم تأخذه بذلك الكيل "

- (١) هذا : ساقط من د .
- (٢) وهل تبرأ ذمة الدافع من حق الأول ؟ فيه وجهان . أصحهما :
نعم . فان قلنا لا تبرأ ذمته . فعلى القايض ردّ المقبوض إليه .
انظر : الفتح ٤٥٠/٨ ، والروضة ٥١٩/٣ ، والمجسوع
٠٢٢٩/٩
- (٣) قال : ساقط من ب .
- (٤) ب : آخذه . وفي سائر النسخ " خذه " والصواب ما أثبتته .
- (٥) أثبتته من م . وفي النسخ : حضرت .
- (٦) أثبتته من م . وفي النسخ : " ولا يبرى " وهو خطأ .
- (٧) انظر : مختصر المزني : ٠١٨٢/٢
- (٨) ج : " رجل " في موضع " وحل " وهو تصحيف .
- (٩) ب ، ج : " فقال لمن عليه الطعام " د : " فقال للذى عليه الطعام " .
- (١٠) ب : " أكيله " د : " يكتاله " .

ففعّل ، لم يجز أن يأخذه بذلك الكيل حتى يستأنف كيله عليه ^(١) ثانية ؛
 لأنّ ذلك الكيل عن عقد أوّل فلا بدّ من استئناف كيل عن عقد ثانٍ . ^(٢)
 فان قبضه بذلك الكيل كان قبضا فاسدا ، ويستأنفان ^(٣) كيله .
 فان زاد فالزيادة لمن عليه الطعام لا يردها على الأوّل إذا جاز أن يكون
 مثلها بين الكيلين (فان لم يجز أن يكون مثلها بين الكيلين) ^(٤) لكثرتها
 لزمه ردّها على الأوّل لعلمنا بأنها غلط عليه . وإن نقص فالنقصان ^(٥)
 عليه ولا يرجع به ^(٦) على الأوّل (إذا كان مثل النقصان محتملا . وإن
 كان نقصانها لا يحتمل أن يكون مثلها بين الكيلين لم يجز أن يرجع به
 على الأوّل) ^(٧) ، لاستيفاء ذلك منه بالكيل . فان كان القابض الثاني
 حاضرا للكيل ^(٨) لم يقبل منه هذا النقصان الذي لا يحتمله الكيلان .
 وإن كان غائبا قبل منه ورجع بالنقصان ^(٩) ، فان اتهم أحلف . ^(١٠)

-
- (١) ج : عليه كيله .
 (٢) أ : " ثاني " والتصويب من سائر النسخ .
 (٣) ج : واستأنفا .
 (٤) ما بين القوسين ساقط من د .
 (٥) د : " وإن بالنقصان " أي بوقوع سقط وتصحيف .
 (٦) د : " بها " وهو خطأ .
 (٧) ما بين القوسين ساقط من د . قلت : وصّح الرافعي والنووي
 بأنه يرجع بالنقصان على الأوّل فيما إذا كان أكثر عن القدر
 الذي يقع بين الكيلين . انظر : الفتح ٤٥٣/٨ ، والروضة
 ٥١٩/٣ ، والمجموع ٢٧٩/٩ .
 (٨) للكيل : ساقط من د . (٩) من ج . أ ب د : فيه .
 (١٠) أي من الثاني كما يظهر من السياق .

فلو كان الطعام الذي قد^(١) ابتاعه صاعا واحدا ، والطعام الذي قد باعه صاعا واحدا ، فاكتال الصاع الذي قد ابتاعه ،^(٢) ثم سلمه في صاعه مكيلا الى من باعه ففيه وجهان : /

أ/١٠٧

أحدهما : لا يجوز حتى يفرغه من الصاع ثم يستأنف كيـله ثانية كما اكتاله^(٣) لنفسه .

والوجه الثاني : يجوز إذا سلمه مكيلا في صاعه ؛ لأن المقصود بالكيل معرفة قدره بالمكيال . فإذا كان في المكيال صار مقدرا به ولم يلزمه تغريفه واستيناف^(٤) كيـله . وهذا أصح .^(٥)

- فصل -

فلو حلل له طعام من سلم وحلّ عليه طعام من سلم ، فقال لمن له الطعام : " اقبض من لي عليه الطعام " فذلك ضربان :
أحدهما : أن يقول : " إقبضه لي ثم خذه لنفسك "^(٦) بذلك الكيل " فيكون القبض له صحيحا ولا يجوز أن يأخذه القابض لنفسه بذلك

-
- (١) د : بدون " قد " .
(٢) أثبتته من ب ، د ، أ : " قد أباعه " ج : " قد باعه " وكلاهما خطأ .
(٣) ثانية كما اكتاله : ساقط من د .
(٤) د : " ويستأنف " ويأباه السياق .
(٥) انظر في المسألة : الفتح ٤٥٢/٨ ، والروضة ٥١٩/٣ ، والتكلمة ٢٧٩/٩ ، والمغني ٧٤/٢ وقطع بالوجه الثاني .
(٦) ب : " ثم تأخذه لنفسه " وهو خطأ .

الكيل حتى يستأنف كيـله عليه (١) ، ويكون له زيادته المحتطة ، وعليه نقصانه المحتمل . ثم هو قبل استئناف كيـله مضمون على قابضه ؛ لأنه أخذـه لنفسه عن قبض فاسد .

والضرب الثاني : أن يقول : "اقبض من لي عليه الطعام لنفسك" فلا يصح أن يكون مقبوضاً لهذا الذي اكتاله لنفسه . وهل يصح أن يكون مقبوضاً للأول حتى تبرأ منه ذمّة من كان الطعام عليه ؟ على وجهين (٢) خرجهما ابن أبي هريرة .

أحدهما : يصح القبض للأول وتبرأ منه ذمّة من كان عليه ؛ لأنه مقبوض عن إذن مستحقّه . ويكون القبض الثاني فاسداً .

والوجه الثاني : أن كلا (٣) القبضين فاسد ؛ لأن القبض لم يكن لمستحقّه ، لكنه مضمون على الأمر (٤) ؛ لأنه مقبوض عن إذنـه ومضمون على قابضه ؛ لأنه قد أخذـه من حقّه (٥) وليستأنفوا (٦) كيلين : كيلاً للأول وكيلاً للثاني . فما زاد بالكيل الأول أو نقص ففي (٧) حق الدافع (٨) . وما زاد بالكيل الثاني أو نقص ففي حق الأمر .

-
- (١) وفي وجه ضعيف يصحّ قبض الثاني أيضاً . انظر : الفتح ٤٥١/٨ ، والروضة ٥١٩/٣ ، والمجموع ٢٢٩/٩ .
- (٢) والوجه الأول هو الأصحّ . انظر : شرح المحلى ٢١٨/٢ ، والمراجع السابقة .
- (٣) في النسخ : " أن كلي " والصواب ما أثبتـه .
- (٤) ما بين القوسين ساقط من د .
- (٥) د : " من صفة " وهو تصحيف .
- (٦) من ج وفي أ ، د : " ويستأنفوا " وفي ب : " ويستأنفان " .
- (٧) ب : فمن .
- (٨) د : الدفع .

- مسألة -

قال الشافعي : (١) (ولا يقبض الذي له الطعام (٢) من طعام يشتريه لنفسه ، لأنه لا يكون وكيلًا لنفسه (٣) مستوفيا لها قابضًا منها . (٤))
وهذه المسألة مصوّرة فيمن حلّ (٥) عليه طعام من سلم ، (٦)
فدفع إلى من له عليه الطعام دراهم ليشتري بها طعاما ، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون دافع الدراهم قد أمره أن يشتري بها طعاما لنفسه ، ويقبضه لنفسه ، أعنى لدافع الدراهم ، ثم يأخذ بالكيل الذي قد (٧) اكثاله . فهذا الشراء (٨) جائز والقبض صحيح للدافع ؛ لأنه ابتياع (٩) وقبض عن وكالة صحيحة ، ولا يجوز للوكيل أن يأخذ

----->

- | | |
|-----|---|
| (١) | ب ، د : الشافعي رضي الله عنه . |
| (٢) | م : له طعام . |
| (٣) | ب : في نفسه . |
| (٤) | انظر : مختصر المزني ١٨٣/٢ . |
| (٥) | حلّ : لا يوجد في ج . |
| (٦) | في الفتح ٤٥٥/٨ : " ولو كان عليه طعام أو غيره من سلم أو غيره " . ثم ذكر الأحوال الثلاثة مثل ما ذكره الماوردي . |
| (٧) | د : بدون " قد " . |
| (٨) | ب : فهذا الشرط . |
| (٩) | ب ، ج : لأنه ابتاع . |

(١) ذلك الطعام لنفسه^(٢) بالكيل الأول حتى يستأنف دافع الدراهم كيله عليه . فان أخذه بذلك الكيل صار مضمونا عليه بقبض فاسد .

والحالة الثانية : / أن يأمره أن يشتري الطعام لنفسه ، ١٠٢ ب / أعني لدافع^(٣) الدراهم^(٤) ، ويقبضه الوكيل لنفسه بدلا من طعامه ، فالشراء جائز أيضا للدافع الموكل ، ولا يصح أن يقبضه الوكيل لنفسه^(٥) . وهل يكون ذلك مقبوضا للدافع الموكل ؟ على ما ذكرنا من الوجهين^(٦) .

والحالة الثالثة : أن يأمره بالشراء ليكون الشراء للوكيل حتى يشتريه لنفسه بدلا من طعامه . فهذا غير جائز^(٧) ؛ لأنه لا يصح أن يشتري شيئا لنفسه بمال غيره .

-
- (١) ذلك : ساقط من ب .
- (٢) في الفتح ٤٥٦/٨ : " ولم يصح قبضه لنفسه لاتحاد القابض والمقبض واستناع كونه وكيلًا لغيره في حق نفسه ، هذا هو المشهور ، وحكى السعودي وجها أنه يصح قبضه لنفسه ، وإنما المستنع أن يقبض من نفسه لغيره " .
- (٣) لدافع : ساقط من د .
- (٤) هكذا في ب ، ج . وفي : " أ ، د " يوجد بعده زيادة : " و يقبضه الوكيل لنفسه أعني لدافع الدراهم " ويأبأها السياق ولذلك لم أثبتها في الصلب .
- (٥) وذلك لأن حق الانسان لا يتمكّن الغير من قبضه لنفسه . وضمنه لاستيلائه عليه . انظر : الفتح ٤٥٦/٨ ، والمغني ٢/٧٤ .
- (٦) انظر : المرجعين السابقين . وقد جزم في المغني ببراءة الدافع من حق الموكل لاذنه في القبض منه .
- (٧) أي هذا التوكيل فاسد ، إذ كيف يشتري بمال الغير لنفسه والدراهم أمانة في يده لأنه لم يقبضها ليتملكها ؟ انظر : المرجعين السابقين .

فان (١) اشترى الوكيل بتلك الدراهم طعاما نظرا : فان كان قد اشترى بعين المال كان الشراء باطلا (٢) وإن كان قد اشترى في ذاته ونقد الدراهم في شئ (كان الشراء صحيحا (٣) لازما ، وهو ضامن لما نقده من الدراهم في شئ (٤) وطعامه باق في ذمة دافع الدراهم (٥).

- فصل -

فلو قال من عليه الطعام لمن له الطعام : " اختر طعاما اشتريه (٦) لك لتأخذه من حقك " ، فاختار صبرة طعام فاشتراها له ، لم يلزمه قبولها إن كانت أنقص من حقه ، ولا يلزم من عليه الطعام أن يعطيه تلك الصبرة بعينها وإن كانت مثل حقه .

- فصل -

فلو قال من له الطعام لمن عليه الطعام : " اقضني (٧) طعامي على أن أبيعك إياه " ، فقضاء بهذا الشرط مثل طعامه أو دونه جاز ،

-
- (١) ب : فاذا .
 (٢) انظر : الفتح ٤٥٦/٨ وفيه : " وذكر ابن سريج وجهها أنه صحيح " ، والروضة ٥٢١/٣ وفيها : " باطل على الصحيح " ، والمغني ٧٤/٢ ، وقطع بالبطلان .
 (٣) صحيحا : أثبت من ج ، وليس في ب .
 (٤) ما بين القوسين ساقط من أ ، د ، وأثبت من ب ، ج .
 (٥) انظر في المسألة : المهذب ٣٠٩/١ وذكر الحالة الأولى والثانية دون الثالثة . والفتح ٤٥٥/٨ ، والروضة ٥٢٠/٣ ، والمجموع ٢٨٠/٩ ، والمغني ٧٤/٢ ، والنهاية ١٠٢/٤ ، وقليوبي ٢١٨/٢ وذكر الحالة الأولى فقط ، وحاشية الشرواني على التحفة ٤٢٠/٤ .
 (٦) ب : " فأشتره " ج : " أشتره " .
 (٧) ب : إقضى .

ولم يكن به بأس ؛ لأنّ القضاء ليس بعقد فيفسد بالشرط ، ولم يلزمه (١)
بيعه عليه ؛ لأنّ هذا موعده وعده إياه .

ولو كان أعطاه خيراً من طعامه لم يجز ؛ لأنّ هذا شرط غير
لازم قد أخذ عليه فضلاً (٢) . وعليه ردّه والمطالبة بمثل طعامه (٣) .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله (٤) : (ولو حللّ عليه (٥) طعام
فأحال به على رجل له عليه طعام أسلفه إياه ، لم يجز ، من قبل
أنّ الأصل (٦) ما كان له بيعه (٧) وإحالته به بيع منه له الطعام (٨)
الذي عليه (٩) بطعام على غيره (١٠))

-
- (١) يعني : لم يلزمه قضاءً ، أمّا من الناحية الدينية فالوفاء
بالعهد واجب .
- (٢) أثبتته من ج . وفي سائر النسخ " فضلاً " بالماد المهملة
وهو خطأ .
- (٣) نصّ عليه الشافعي في الأم ٦٥ / ٣ .
- (٤) ب ، د : رضي الله عنه .
- (٥) م : حلّ له عليه .
- (٦) في النسخ : " أصل " وكذا في الأم والمختصر ، ولكن السياق
يقتضي ما أثبتته . ويعني به هنا السلم فيه ، والمعنى :
لا تصحّ الحوالة في هذه الصورة ؛ لأنّه لا يجوز بيع السلم فيه
قبل قبضه فكذا إحالته ؛ لأنّ الحوالة بيع .
- (٧) ب : " منعه " تصحيف . م : " بيع " ويأباه السياق .
- (٨) في النسخ : " بالطعام " وكذا في الأم ولكن لا ينتظم به
الكلام .
- (٩) الطعام الذي عليه : ساقط من م .
- (١٠) انظر : مختصر المزني : ١٨٣ / ٢ ، والأم ٦٣ / ٣ .

وصورتها في رجل أقرض رجلا طعاما ، وهو معنى قوله "أسلفه إِيَّاه" (١) ؛ لأنَّ القرض بلغته الحجازي سلفا . (٢) ثم إنَّ المقرض حصل عليه طعام قد حلَّ من سلم ، فأحال من له عليه الطعام من سلم على من له عليه الطعام من قرض ، فهذا باطل ؛ (٣) لأنَّ الحوالة بيع . وكأنَّ مستحق الطعام من سلم قد باع طعامه (٤) قبل قبضه بما يأخذه بالحوالة من طعام القرض .

وكذا (٥) لو كان كلا (٦) الطعامين من سلم ، فهو باطل من الوجهين معا ؛ لأنَّ كل واحد منهما بائع لطعامه قبل قبضه . (٧) ولكن لو كان الطعامان معا قرضا كان فيه وجهان (٨) من بيع

-
- (١) ج : أسلف إِيَّاه .
 (٢) راجع : اللسان ١٥٩/٩ ، والتاج ١٤٣/٦ وقد نسب التسمية المذكورة الى العرب على العموم بدون تخصيص لأهل الحجاز .
 (٣) أى على الأصح . وفي وجه : أنه صحيح ، قاله ابن الوكيل تخريجا على أنَّ الحوالة استيفاء وإيقاء لا اعتياض . أنظر : المهذب ٣٠٨/١ والفتح ٤٣٣/٨ ، والروضة ٥١٢/٣ ، وا لتكلمة الثانية للمجموع ١٥٦/١٣ .
 (٤) د : "طعام" وهو خطأ .
 (٥) ج : فكذا .
 (٦) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : "كلى" وهو خطأ .
 (٧) نصَّ عليه الشافعي في الأم ٦٢/٣ .
 (٨) أحد الوجهين - وهو الصحيح - أنه يصح ؛ لأنَّ بيع القرض قبل القبض يصح ، وكل واحد قرض ، وكل واحد منهما مستقر في الذمة ، فجاز أن يمتاض من ذمة الى ذمة بخلاف السلم ،

القرض قبل قبضه على غير مقبضه. (١)

- مسألة -

قال الشافعي (٢) : (ولو أعطاه طعاما فصدقه في كيله / ١٠٨ / أ
لم يجز . فان قبضه (٣) فالقول قول القابض مع يمينه فيما يوجد . (٤)

وهذا صحيح ، إذا حلّ له على رجل طعام من سلم ، فدفن
من عليه الطعام إليه طعاما وقال : " هذا مكيل بقدر حقك " فقبضه
منه وصدّقه على كيله ، كان هذا القبض فاسدا ، لأنّ كيله مستحقّ لاستقرار
الملك . وقد صار من ضمانه بهذا القبض ، لأنّه (٥) قبضه بدلا من
حقّه .

ولا يجوز له بيعه قبل كيله . فان
باعه أو بعضه قبل الكيل كان بيعه باطلا ؛ (٦)

=====

والثاني : لا يصحّ ، لأنّ الحوالة لو صحت في الطعام إذا
كان من جهة القرض ، لصحت وإن كانت من جهة البيع ،
كالدراهم والدنانير لما جازت الحوالة بهما إذا كانا من
جهة القرض ، جازت أيضا إذا كانا من جهة البيع . فلمّا
لم تجز الحوالة بالطعام إذا كان من جهة البيع فكذا إذا كان
من جهة القرض . انظر : التكملة الثانية للمجموع ١٥٦ / ١٣

- (١) ب ، ج : " مقبوضه " وهو خطأ .
(٢) ب ، ج : " الشافعي رضي الله عنه " د : " رحمه الله " .
(٣) م : قبض .
(٤) انظر : مختصر المزني ١٨٣ / ٢ وفيه : " فيما وجد " وكذا في ج .
(٥) لأنّه : أثبت من ب ، ج . وفي أ ، د : لأنّ .
(٦) قلت : في كتب المذهب فصل الأصحاب في ذلك ، فقالوا :

لأنَّ البيع^(١) إذا لم يتم قبضه ، لم يجز بيعه .
وعليهما استيناف كيله . فان وجد زائد اُردَّت الزيادة
على صاحب الطعام . وإن وجد ناقصا رجع عليه بالنقصان ، سواء^(٢) كان
النقصان^(٣) قليلا محتملا أو كثيرا غير محتمل ؛ لأنَّ قابض الطعام
لم يحضر كيله .

فلو استهلك الطعام قبل كيله ، رُجع الى قوله في قدر ما
استهلك ، وبرى^(٤) منه من عليه الطعام ؛ لأنَّ قبضه كان من حقه . فان
ادعى نقصانا قبل قوله فيه مع يمينه^(٥) ، إن لم يصدق عليه ، ورجع به
على^(٥) من عليه الطعام^(٦) .

- ====
- إن باع الجميع قبل الكيل لم يصح ؛ لأنه لا يتحقق أن الجميع
له ، وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه له ففيه وجهان :
أحدهما : يصح وهو قول أبي إسحاق ؛ لأنه دخل في ضمانه
فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل . والثاني : لا يصح ،
وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، وهو المنصوص في الصرف ؛
لأنَّه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد ، فلم يصح
بيعه ، كما لو باعه قبل أن يقبضه * انظر : المهذب ١/٢٠٨ ،
والمجموع ٩/٢٢٨ ، وفيه قال من الوجه الأول بأنه ضعيف ، وتكملة
المطيعي ١٣/١٥٢ .
أ : " البيع " وهو تصحيف . والتصويب من باقي النسخ . (١)
ب : " سوى " وهو تصحيف . (٢)
سواء كان النقصان : ساقط من ج ، د . (٣)
د : من يمينه . (٤)
على : ساقط من د . (٥)
وذلك لأنَّ الأصل عدم القبض ، ومقاء الحق ، فلا تبرأ ذممة
من عليه الحق إلا من القدر الذي يقرببه القابض . انظر في المسألة
الأتم ٣/٦٣ ، والمهذب ١/٣٠٨ ، والفتح ٨/٤٤٩ ، ===

- فصل -

ولو^(١) كان الطعام من قرض صدق الدافع في كيله لم
يجز، لأنه قد يجوز أن يكون صادقا في كيله فيكون قد استوفى حقه.
ويحتمل أن يكون كاذبا فلا يكون مستوفيا حقه.^(٢)

فإن باعه قبل كيله ففيه وجهان :^(٣)

أحدهما : لا يجوز كما لو كان الطعام مستحقا عن بيع.

والثاني : يجوز، لأن ملك القرض مستقر بخلاف البيع
وهذا أصح الوجهين . واليه أشار الشافعي^(٤) في الأم^(٥).

- مسألة -

قال الشافعي :^(٦) (ولو كان الطعام سلفا جاز أن يأخذ به
ما شاء يدا بيد .)^(٨)

====
والروضة ٥١٨/٣ ، والمجموع ٢٧٨/٩ ، والتكملة الثانية للمجموع
١٥١/١٣ وفيها : * فإن قيل : كيف سمعت دعوى القابض في
النقصان ، وقد قال الشافعي رضي الله عنه في المسألة : قيصدته
في كيله ؟ قلنا : لم يرد الشافعي رحمه الله أنه اعترف بصحة
الكيل ، وإنما هو قبول قول المخبر ، وحمله على الصدق فإذا
بان له خلافه سمعت دعواه . *

- | | |
|-----|-----------------------------------|
| (١) | ب : فلو . |
| (٢) | ب : لحقه . |
| (٣) | انظر : تكملة السبكي ١٤٨/١٠ . |
| (٤) | ب ، ج : وقد أشار إليه الشافعي . |
| (٥) | لم أقف عليه في مظانه من الأم . |
| (٦) | ب ، د : الشافعي رضي الله عنه . |
| (٧) | م : منه . |
| (٨) | انظر : مختصر المزني ١٨٣/٢ - ١٨٤ . |

وهذا كما قال - إذا أقرض رجل طعاما لرجل جاز للمقرض أن يبيع^(١) ذلك الطعام على المستقرض قبل قبضه،^(٢) لاستقرار ملك المقرض على ما أقرض بخلاف المبيع الذي لا يستقرّ ملك المشتري عليه قبل القبض .

فإن باعه عليه بما يدخله الربا بتلك العلة ، وجب أن يتقابضا الثمن قبل الافتراق ، (مثل أن يبيعه الطعام الذي أقرضه بشعير أو ذرة ، فلا بدّ من قبضه قبل الافتراق)^(٣) لأجل الربا ، فإن افترقا قبل القبض ، كان البيع باطلا .

وإن باعه بثوب ، أو عبد ، أو دراهم أو دنانير^(٤) ، ففي جواز افتراقهما قبل القبض وجهان :^(٥)

أحدهما : يجوز لانتفاء الربا عنه . وهو قول أبي العباس

ابن سريج .

والثاني : لا يجوز ؛ لأنه يصير في معنى بيع الدين بالدين .

وهو قول أبي اسحاق المروزي .

(١) د : أن يمنع ، وهو خطأ .

(٢) وقد حكى ابن رشد في البداية (١٢١/٢) والنووي في المجموع

(٢٧٤/٩) عدم الخلاف في جواز الاستبدال عن دين القرض .

وفي الشامل : " إنّ القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف . فإن

بقي في يده فلا " قال النووي : ولم يفرّق الجمهور بينهما .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) ب : أو بدراهم أو بدنانير . ج : أو بدراهم أو دنانير .

(٥) والوجه الثاني هو الأصحّ لدى جمهور الشافعية . انظر : الحلية

للرويانى ٢٣/أ والمفني ٢١/٢ .

فأما إن أراد (١) مقرض الطعام (٢) أن يبيعه قبل قبضه

على أجنبي غير المستقرض، ففي جوازه وجهان (٣) خرّجهما / ابن أبي هريرة :

أحدهما : يجوز كما يجوز بيعه على المستقرض .

والثاني : لا يجوز ؛ لأنه بيع ما لم يقبض .

- فصل -

وإذا أقرضه طعاما (٤) بالبصرة ، ثم رآه ببغداد فطالبه

بمثل طعامه ببغداد لم يكن ذلك له (٥) وقيل : لك المطالبة بمثل

طعامك حيث أقرضته بالبصرة . فان طالبه ببغداد بقيمة الطعام لزم

(١) ب : لو أراد .

(٢) قلت : وقد فرض معظم الأصحاب المسألة في النقود فقالوا :

كمن له على رجل مائة ، فاشترى من آخر عبدا به تلك المائة .

(٣) قلت : أصحابهما عند جمهور الأصحاب هو عدم الجواز ، وهو جزم

الرويانى في الحلية . وصحح النووي في زوائد الروضة القول

بالجواز ، وكذا الرافعي في آخر الخلع ، واختاره السبكي .

راجع : المهذب ٢٦٩/١ ، والحلية ٢٣/أ ، والوجيز

١٤٦/١ ، والفتح ٤٣٨/٨ ، والمجموع ٢٧٥/٩ . وفي المرجعين

الأخيرين حكاية قولين ، لا وجهين . أحدهما : أنه

يجوز كبيعه ممن عليه . وأصحابهما : المنع لعدم القدرة

على التسليم . وعلى الأول يشترط أن يقبض المشتري الدين

الدين ممن عليه ، وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس ،

حتى لو تفرقا قبل قبض أحدهما ، بطل العقد . والمنهاج مع

المغني ٧١/٢ ، وشرح المحلى ٢١٥/٢ .

(٤) أ : " طعام " ، والتصويب من باقي النسخ .

(٥) ج : له ذلك .

(١) المستقرض أن يدفع اليه ببغداد قدر قيمة الطعام بالبصرة زائداً كان أو ناقصاً .
ولو أن المستقرض سأل المقرض حين رآه ببغداد أن يأخذ
منه الطعام بها ، لم يلزم المقرض أن يأخذه هناك ؛ لأنه يستحق قبضه
بالبصرة . (٢) ولو قال له : " خذ مني قيمة الطعام " لم يلزمه أخذها
؛ لأنَّ حقّه في غيرها .

ولو غصب رجل طعاماً بالبصرة واستهلكه ، ثم رآه مالكه
ببغداد فطالبه بطعامه . فإن كان الغاصب قد استهلك الطعام
بالبصرة ، لم يكن لربّ الطعام مطالبة بمثل مكيّله ببغداد كالقرض . وقيل :
إمّا أن تأخذ منه مثل طعامك بالبصرة . أو تأخذ منه ببغداد قيمة
طعامك بالبصرة . (٣)

وإن كان الغاصب قد استهلك الطعام ببغداد ، فعليه أن

(١) انظر في المسألة : الآم ٦٦/٣ ، والمهذّب ٣١١/١ ، والفتح
٣٤٣/٩ ، والروضة ٣٦/٤ ، والمغني ١١٩/٢ وفيه : " والمانع
من طلب المثل عند الشيخين وكثير مؤنة الحمل ، وعند جماعة
منهم الصّباغ كون قيمة بلد المطالبة أكثر من قيمة بلد
الإقراض . ولا خلاف في الحقيقة بين كلام الشيخين وغيرهما ،
لأنَّ من نظر إلى المؤنة ينظر إلى القيمة بطريق الأولى ؛
لأنَّ المدار حصول الضرر ، وهو موجود في الحالين " .

(٢) إلّا أن يتراضيا فيجوز ؛ لأنّ النع لحقهما وقد رضا جميعاً .
انظر : المهذّب ٣١١/١ .

(٣) نصّ عليه الشافعي ، وهذا هو الوجه الصحيح ، وبه جزم الكثيرون
أى ليس للمالك مطالبة بالمثل ، ولا للغاصب تكليفه بقبوله
لما فيه من الضرر ، إلّا أن يتراضيا على المثل فيجوز . وفيه وجه ثان :

يدفع الى مالكه مثل طعام بيغداد ، لأن الغاصب يضمن ^(١) مثل ما غصبه في الموضع الذي قد استهلكه .

فلو قال صاحب الطعام للغاصب حين رآه بيغداد : " أريد قيمة الطعام " لم يلزم الغاصب ^(٢) ذلك ؛ لأن حقه في المثل ، فلا يصح العدول إلى القيمة إلا بالرضا .

فلو قال صاحب الطعام للغاصب : لست أقبض منك طعامي بيغداد وأريد ^(٣) مثله في البصرة ^(٤) ، كان ذلك له ؛ لأنه مقصوب منه بالبصرة ، فيصير مالك الطعام إذا غصب منه بالبصرة واستهلك بيغداد مختيراً بين مطالبة الغاصب بمثل طعامه بالبصرة ؛ لأنه موضع ^(٥) غصبه . وبين مطالبة بمثل طعامه بيغداد ؛ لأنه موضع استهلاكه . ومن هذا الوجه كان الغصب مخالفاً للقرض ^(٦) .

== أنه يطالبه بالمثل كما لو أتلف مثلياً في وقت الرخص له طلب المثل في وقت الفلا . وفيه وجه ثالث : أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف أو أقل طالبه بالمثل ، وآلاً فلا . راجع الأتم ٦٦/٣ ، والفتح ٢٧٦/١١ ، والروضة ٢٢/٥ ، والنهـاج مع المفني ٢٨٤/٢ ، والنهـاية ١٦٥/٥ ، وشرح المحلى ٣٢/٣ .

- (١) د : قد يضمن .
 (٢) د : " لم يلزمه الغاصب " وهو خطأ .
 (٣) من ب . وفي باقي النسخ : " فأريد " ويأباه السياق .
 (٤) هكذا في أ . وفي سائر النسخ : بالبصرة .
 (٥) ب : " موضع " وهو خطأ .
 (٦) راجع : الفتح ٢٧٦/١١ ، والروضة ٢٢/٥ ، والنهـاج والمفني ٨٤/٢ ، والنهـاية ١٦٥/٥ ، وشرح المحلى ٣٢/٣ .

فأما إذا أسلم في طعام بالبصرة ، ثم رأى من عليه الطعام ببغداد ، لم يكن له المطالبة بطعامه ببغداد ؛ لأنه غير موضع ^(١) استحقاقه . ولا يجوز لهما دفع قيمته ؛ لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه ^(٢) .

- فصل -

وإذا ^(٣) أسلم الى رجل ^(٤) في طعام ، فحلّ الطعام فقال من عليه الطعام لمن له الطعام : " بعني طعاما مثل طعامك لأقضيك حقك " ^(٥) بثمن حالّ أو مؤجل " فان عقدا البيع على هذا الشرط كان باطلا . وإن لم يكن عن شرط في العقد / صح ١٠٩/أ البيع ، وكان مشتري الطعام بالخيار إن شاء قضاء ذلك الطعام ، وإن شاء قضاء من غيره . ^(٦)

- (١) ب : " غير موضوع " وهو خطأ .
- (٢) هذا هو الوجه الصحيح المشهور لدى الشافعية ، وهو قطع المراقبون وصاحب التهذيب . وفيه وجه ثان يجيز أصحابه جواز أخذ القيمة للحيلولة بينه وبين حقه . انظر: الوجيز ١٥٨/١ وقد جزم بجواز أخذ القيمة هنا . قال الرافعي في الفتح (٣٣٨/٩) لكنه أعاد المسألة في باب الغصب وذكر فيها الخلاف ، والروضة ٣٦/٤ ، والمنهاج مع المغني ١١٦/٢ ، وشرح المحلى ٢٥٦/٢ .
- (٣) ب : فاذا .
- (٤) ب : الرجل .
- (٥) ب : لأقضيك من حقك .
- (٦) نصّ عليه الشافعي في الأم ٦٥/٣ .

- فصل -

ولو أسلم رجل في طعام موصوف ، فحل ، فسأله رجل أن يقرضه
 إِيَّاه . فأمر السائل أن يتقاضى ذلك الطعام ، فإذا صار في يده أقرضه
 إِيَّاه ، جاز (١) . وكان بعد اقتضاء الطعام بالخيار إن شاء أقرضه وإن
 شاء منعه . فإن منعه وكان قد شرط أنه إذا تقاضاه أقرضه كان
 للمقتضى أجر (٢) مثله (٣)

- فصل -

وإذا باع رجل على رجل طعاما بدينار ، ثم إنَّ البائع ابتاع
 من المشتري بالدينار طعاما أزيد من طعامه أو أنقص (٤) ، جاز ولم
 يكره . (٥)

وقال مالك (٦) : لا خير في هذا ، لأنَّه

- (*) في النسخ : " وأمر " ولا يتحمل السياق .
 (١) نص عليه الشافعي في الأم ٦٦/٣ قال : فلا بأس بهذا
 إذا كان إنما وكله بأن يقبضه لنفسه ، ثم أحدث بعد ذلك
 السلف أو البيع ، وإنما كان أولا وكيله .
 (٢) ب ، ج : أجرة .
 (٣) انظر : الأم ٦٦/٣ وفيها : " وكان له أجر مثله في التقاضى " .
 (٤) د : " أو نقص " وهو خطأ .
 (٥) نص عليه الشافعي في عدة مواضع من الأم : ٣٣/٣ ، ٣٤ ، ٦٩ ،
 وراجع أيضا : التكملة ١٤٨/١٠ وما بعدها وفيها : " وقد أطبق
 جمهور الأصحاب تبعاً للشافعي على ذلك مع مخالفة الأئمة
 الثلاثة " .
 (٦) قلت : يوجد في المذهب المالكي تفصيل في المسألة فقد جاء
 في المنتقى للباجي ٢٩٠/٤ : " إنه إن أخذ منه طعاما

يكون ^(١) بائعا لطعام بطعام إلى أجل .

وهذا غير صحيح ؛ لأنَّ التبايع بالدينار . (ألا ترى أنَّ الطعام
الثاني لو استُحقَّ ^(٢) ، وجب الرجوع بالدينار) ^(٣) ، لا بالطعام ،
والله أعلم بالصواب . ^(٤)

* * *

====
على صفته في الجنس والنوع والجودة ، فلا يخلو أن يأخذ
مكيلة ما باع أو أكثر أو أقل . فان أخذ مكيلة جاز ،
لأنه إنما يؤول إلى القرض . وإن كان أكثر لم يجز . وإن كان
أقل ففي كتاب معتمد : اختلف قول مالك ، فأجازه مرة وبسه
قال أشهب . وأباه أخرى وهو الذي في المدونة .
وإن كانا غير متماثلين فانه لا يجوز - مطلقا - لأنه خرج عن
حكم القرض لما بين العوضين من المخالفة * أهد باختصار .
ويراجع أيضا المدونة ٣٣/٤ ، ٣٥٠ .

- (١) ب ، ج : يصير .
(٢) أي خرج مستحقا بالمعيب أو الغصب أو غيرها .
(٣) ما بين القوسين ساقط من د .
(٤) ب : " والله أعلم " ج : " والله تعالى أعلم " .

[باب بيع المصتراة -] من كتب

- قال الشافعي (١) : (أخبرنا مالك ، عن أبي الزناد (٢) ، عن
الأعرج ، عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا تصرّوا (٣)
إلا بل والغنم للبيع (٤) ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين (٥)
بعد أن يحلبها ، فإن (٦) رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردّها وصاعا
من تمر . (٧)
(١٠)
قال الشافعي رحمه الله (٨) : والتصرية : أن تربط (٩) أخلاف
الناقة أو الشاة ، ثم تترك من الحلاب اليومين (١١) أو الثلاثة (١٢) حتى
يجتمع لها لبن (١٣) ، فيراه مشتريها كثيرا فيزيد في ثمنها . . . الفصل (١٤)

- (١) ب : " الشافعي رحمه الله " د : " الشافعي رضي الله عنه " .
(٢) ب : " أبي الزناد " وهو خطأ .
(٣) قال ابن الأثير في النهاية ٢٧/٣ : " لا تصرّوا : إن كان من الصرّ
فهو يفتح التاء وضمّ الصاد . وإن كان من الصرى - وهو الأصح -
فيكون بضم التاء وفتح الصاد " .
(٤) للبيع : ليس في ج ، وكذا في أغلب الروايات .
(٥) أي بخير الرأيين ، كما في فتح الباري ٣٦٢/٤ .
(٦) ب ، م : إن .
(٧) أخرجه البخاري ٩٢/٣ ، ومسلم ١١٥٥/٣ ، وأبو داود ٢٧٠/٣ ،
والنسائي ٢٢٢/٧ ، والبيهقي ٣١٨/٥ واللفظ له .
(٨) ب : رضي الله عنه .
(٩) أ : " أن يربط " ولم ينقط في ب ج د . وفي م : أن تربط .
(١٠) أخلاف : جمع خلف بكسر الخاء ، وهو من ذوات الخف كالثدي
للإنسان ، انظر : المصباح ص ١٨٠ .
(١١) هكذا في النسخ . وفي م : اليوم واليومين والثلاثة .
(١٢) ب : والثلاث . م : والثلاثة .
(١٣) ب : حتى يجتمع لبنها .
(١٤) أنظر : مختصر المزي ١٨٤/٢ وتمامه : " لذلك ، ثم إذا ===

أما التصرية : فهي (١) الجمع ، يقال : صريت الماء في الحوض :
إذا جمعته فيه . (٢) قال الأغلب : (٣)

رأت غلاما قد صرى في فقرته (٤) ما الشباب عنفوان شرّته (٥)
(٦)

====
حلبها بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أنّ ذلك ليس بلبنها
لنقصانه كل يوم عن أوله ، وهذا غرور للمشتري . والعلم يحيط
أنّ ألبان الإبل والغنم مختلفة في الكثرة والأثمان فجعل النبي
صلّى الله عليه وسلّم بدلها ثمنا واحدا صاعا من تمر .*

(١) ب : "فهو" د : "وهي" وكلاهما خطأ .

(٢) راجع : الصحاح ٢٣٩٩/٦ ، واللسان ٢٥٨/١٤ ، والمصباح ص ٣٣٩ .

(٣) هو الأغلب بن عمرو بن عبيدة العجلي من ربيعة ، مخضرم شاعر

معروف ، وراجز مشهور ، توجّه مع سعد بن أبي وقاص غازيا ، فنزل
الكوفة ، واستشهد في معركة نهاوند سنة ٢١ هـ . وهو أرجز الرّجّاز ،
وأرضنهم كلاما ، وأصحبهم معاني ، وله في المفاحشات ما ليس لشاعر .

انظر ترجمته في : الموّ تلف والمختلف للآمدي ص ٢٣ ، وخزانة
الأدب ٧٧/١ ، وأسد الغابة ١٢٦/١ ، والإصابة ٥٦/١ ، ووسط
اللاكي ٨٠١/٢ وفي المراجع الثلاثة الأخيرة إسمه : "الأغلب

ابن جشم بن عمرو بن عبيدة" .

(٤) في اللسان ٦١/٥ : "الفقرة ، الفقرة ، والفقارة بالفتح : واحدة فقار

الظهر ، وهو ما انتضد من عظام الصلب من لدن الكاهل السي
العجب . والجمع فقر وفقار" قلت : وفي ب "نقرته" وهو تصحيف .

(٥) عنفوان الشي : أوله كما في المختار ص ٤٥٨ .

(٦) شرّة الشباب : حرصه ونشاطه . كما في المختار ص ٣٣٤ ، قلت :

في د : سرتة ، وفي مصادر التخرّيج "سنبته" انظر البيت في :

الصحاح ٢٤٠٠/٦ ، والتاج ٢٠٨/١٠ ، واللسان ٥٧/١٤ .

وفي الجميع : "رُبّ غلام" وفي اللسان : ويروى : "رأت" .

ولذلك (١) سُميت المصرة (٢) لأنها تجمع ما فيها .

قال الشاعر :

إنا صررنا حبّ ليلي فانتشر (٣) وغرنا منه وكان من شعـر (٤) (٥)

وقيل : " شاة مصرة " لأنّ اللبن قد صرّ في ضرعها أى :
جمع (٦) . ويقال " محفلة " أيضا ، وهي لغة أهل العراق ، مأخوذ من
قولهم : " قد احتفل القوم " إذا اجتمعوا . وهذا محفل من الناس ،
أى : جمع . (٧)

فالتصرية غشّ وخداع للمشتري . فاذا (٨) اشترى الرجل شاة
فحلبها (٩) ، فبانت مصرة ، كان عيبا (١٠) وله الرد . وهو قول

- (١) د : وكذلك .
(٢) المصرة : شرج الدراهم والدنانير ، جمعها صرر . انظر :
اللسان ٤٥٢/٤ ، والمصباح ص ٣٣٨ .
(٣) ب : فانتشر .
(٤) ب : " وكا " أى بسقوط النون .
(٥) لم أقف على البيت .
(٦) جاء في النهاية لابن الأثير ٢٧/٣ : " قال الأزهري : جائز
أن تكون سُميت مصرة من صرّ أخلافها . وجائز أن تكون سُميت
مصرة من الصرى وهو الجمع ، وإلى ذهب الأكثرون " .
(٧) انظر : المرجع السابق ٤٠٨/١ ، واللسان ١٥٧/١١ ، والمختار
ص ١٤٥ .
(٨) ب : وإذا .
(٩) أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : " يحلبها " ويأبأه السياق .
(١٠) ب : " عينا " وهو خطأ .

الصحابة والتابعين والفقهاء^(١) . إلا أبا حنيفة ومحمدا^(*) ^(٢) فانهما خالفا الكافة وقالوا : لا ردّ له . فمن أصحابهما^(٣) / من قال : هي ١٠٩ / ب عيب لكن حلاب اللبن نقص يمنع من الرد بالمعيب .

واستدلّاهم به^(٤) من وجهين :

أحدهما : دفع الخبر المعمول عليه^(٥) في التصرية بوجوه

نذكرها من بعد .

(١) أنظر : المغني لابن قدامة ١٠٢/٤ ، ومداية المجتهد ١٤٦/٢ ،

والمحلى لابن حزم ٦٦/٨ ، وتكملة المبكي ٢٠/١٢ وفيها :
* قال به من الصحابة عبدالله بن مسعود ، وأبو هريرة صح ذلك
عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة . ونقل العبدري القول به
عن ابن عباس ، وابن عمر ، وأنس . ومن قال به من الفقهاء بعدهم
الشافعي ، ومالك والليث ، وابن أبي ليلى ، وأحمد وإسحاق ،
وأبو ثور ، وداود ، وأبي يوسف وزفر ، ومسلم بن خالد الزنجي ،
وأبو عبيد ، وجمهور أهل الحديث * ، وفتح الباري ٣٤/٤ ورحمة
الأئمة ص ١٣٩ ، والميزان ٥٦/٢ .

(٢) قلت : وهو رواية غريبة عن مالك وه قال أشهب من أصحابه ،
كما يروى عن أبي يوسف وابن أبي ليلى أيضا . أنظر - إضافة إلى
المراجع السابقة - : شرح معاني الآثار ١٩/٤ ، وعمدة
القاري ٢٧٠/١١ ، والدّر المختار مع رد المحتار ٤٤/٥ وقد جاء
في الرد : * وهل يرجع بالنقصان عندنا ؟ ، فعلى رواية الإسرار
لا ، وعلى رواية الطحاوي نعم . قال في شرح المجمع : وهو
المختار ؛ لأنّ البائع بفعل التصرية غرّ المشتري ، فصار كما إذا
غرّه بقوله : إنها لبون * .

(٣) من ب ، ج . وفي أ ، د : * أصحابنا * وهو خطأ .

(٤) ب : فيه .

(٥) ب : * المعمول عليه * وهو تصحيف .

(*) من ج . أ : * أبو حنيفة ومحمد * ب : * أبا حنيفة ومحمد * .

د : * أبي حنيفة ومحمد * .

والثاني : الاستدلال ^(١) بالمعنى في أنّ التصرية ليست بعيب،

وذلك بوجهين :

أحدهما : أنّ كبرالضرع بالتصرية وظنّ المشتري أنه لبن العادة
يجرى مجرى كبره بالشحم ^(٢) والسنن وظنّ المشتري أنه لكثرة اللبن . فلما
لم يكن هذا عيبا ^(٣) يوجب الردّ (لم تكن التصرية عيبا ^(٣)) يوجب
الردّ ^(٤) كما لو كان الجوف مثلتا ^(٥) بالعلف ، فظنّ المشتري أنه حمل .

والثاني : أنّ كبرالضرع بالتصرية لو كان عيبا إذا شاهد
المشتري لكان عيبا وإن لم يشاهده ^(٦) كسائر العيوب . فلما لم يكن
عيبا مع فقد المشاهدة ، لم يكن عيبا مع المشاهدة .

والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه ورود السنة به ^(٧) من ثلاث ^(٨)
طرق : عن أبي هريرة ، وابن مسعود ، وابن عمر ^(٩) .

(١) ب : أنّ الاستدلال .

(٢) ب : باللحم .

(٣) أثبت من ب ، ج . وفي أ ، د : " عيب " في الموضمين وهو خطأ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) ب : ملّيا .

(٦) أ ، ج ، د : " إذا لم يشاهده " والمثبت من ب

(٧) به : ساقط من د .

(٨) ب : ثلاثة . قلت : ورد حديث المصراة بأكثر من ثلاث طرق

المذكورة فقد ورد أيضا من حديث أنس أخرجه أبو يعلى والبيهقي

٣١٩/٥ وعن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أخرجه

أحمد بإسناد صحيح كما ورد عن عمرو بن عوف المزني أخرجه

البيهقي في الخلافيات . راجع : تكملة السبكي ١٢ / ١ - وما بعدها ،

وتحفة الأحوذى ٤٥٧/٤ .

(٩) ج : بزيادة رضي الله عنهم .

فأما حديث أبي هريرة فوارد من طريقين : (١)

أحدهما : رواه الشافعي ، عن مالك ، عن أبي الزناد (٢) ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : * لا تصروا الإبل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أسكها وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر . (٣)

والثاني : رواه الشافعي ، عن سفيان ، عن أيّوب ، عن ابن سيرين ، عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : * من اشترى مصرية أو محقة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، إن شاء أسكها وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر لا سمر . (٤)

وأما حديث ابن مسعود فرواه الشافعي عن يحيى بن سعيد ، (٥)

-
- (١) قلت : بل ورد عنه بأكثر من طريقين . راجع : شرح معاني الآثار ١٧/٤ وسنن البيهقي ٣١٨/٥ ، وفتح الباري ٣٦١/٤ .
- (٢) أ : * أبي الزناد * وهو خطأ والتصويب من باقي النسخ .
- (٣) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث ٣٣٢/٧ (مطبوع مع الأُم) ، والبخاري ٩٢/٣ ، ومسلم ١١٥٥/٣ ، وأبوداود ٢٧٠/٣ ، والنسائي ٢٢٢/٧ ، والبيهقي ٣١٨/٥ ، والدارقطني ٧٥/٣ .
- (٤) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث ٣٣٣/٧ ، ومسلم ١١٥٨/٣ ، وأبوداود ٢٧٠/٣ ، والترمذي ٣٥٣/٣ ، والنسائي ٢٢٣/٧ ، وابن ماجه ٧٥٣/٢ ، وابن الجارود ص ١٩٧ والطحاوي في شرح المعاني ١٨/٤ كلهم ببعض الفارقات . والسمر : الحنطة ، وقيل : هي الحنطة الشامية . راجع النهاية لابن الأثير ٣٩٩/٢ ، وفتح الباري ٣٦٤/٤ .
- (٥) هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن فروخ ، بفتح الفاء وتشديد الراء - التسمي بالولا ، البصري ، القطن ، من تابعي التابعين ،

عن سليمان التيمي (١) ، عن أبي عثمان النهدي (٢) ، عن عبد الله بن مسعود
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه (٣) قال : " من اشترى محفلة فليحلب
يومين أو ثلاثة ، فإن رضي أمسك ، وإلا فإن ردها رد معها صاعا . " (٤)

- === وكان على رأس من العلم والفقه والورع توفي سنة ١٩٨ هـ ،
وله ثمان وسبعون . انظر في ترجمته : تهذيب الاسماء ١٥٤/٢ ،
وتهذيب التهذيب ٢١٦/١١ ، والكاشف ٢٥٦/٣ .
- (١) هو سليمان بن طرخان التيمي أبو المعتمر البصري ، نزل في التيم
فنسب إليهم ، ثقة عابد مات سنة ١٤٣ هـ ، وهو ابن ٩٧ سنة .
انظر في ترجمته : الجرح ١٢٤/٤ ، وتهذيب التهذيب ٢٠١/٤ ،
والتقريب ص ١٣٤ .
- (٢) هو عبد الرحمن بن ملّ - بلام ثقيلة والميم مثناة - مشهور بكنيته ،
مخضرم ، من كبار الثانية . ثقة ثبت عابد ، مات سنة ٩٥ وقيل
بعدها . وعاش ١٣٠ سنة ، وقيل أكثر . التقريب ص ٢١٠ ويرجع
في ترجمته أيضا إلى : الجرح ٢٨٣/٥ ، والتذكرة ٦٥/١ ،
وتهذيب التهذيب ٢٧٧/٦ ، وطبقات الحفاظ ص ٣١ .
- (٣) أنه : ساقط من ب ، د .
- (٤) قلت : هذا الحديث لم يصح رفعه بهذا الإسناد ، بل روى عن
ابن مسعود موقوفا . أخرجه الشافعي في الأم (٧٥/٣) عن
هشيم ، عن سليمان به بلفظ : " من ابتاع مصرة فهو بالخيار
إن شاء ردّها وصاعا من تمر " .
- كما أخرجه البخاري ٩٢/٣ ، وابن أبي شيبة ٢٩٦/٦ ، وعبد
الرزاق ١٩٨/٨ ، والبيهقي ٩٢/٥ كلهم من طريق سليمان به
بلفظ : " من اشترى شاة محفلة فردّها ، فليرد معها صاعا " .
وزاد البخاري في آخره : " ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن
تلقي البيوع " كما زاد عبد الرزاق في آخره : " من تمر " .
- هذا ، وقد انفرد أبو خالد الأحمر من بين أصحاب سليمان التيمي
فرواه بهذا الاسناد مرفوعا . أخرجه الاسماعيلي وأشار إلى وهمه
راجع فتح الباري ٣٦٨/٤ .

وأما حديث ابن عمر (١) ، فرواه أبو داود (٢) ، عن أبي كامل (٣) ،
عن عبد الواحد (٤) ، عن صدقة بن سميد (٥) ، عن جميع بن عمير (٦) ، عن
عبد الله (٧) بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من ابتاع
محقلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها ردها معها مثل أو مثلي
لبنها قما . (٩) "

- (١) ب : " ابن عمرو " وهو خطأ .
(٢) من ب ، جـ . وفي أ ، د : " داود " وهو خطأ .
(٣) هو فضيل بن حسين بن طلحة الجعدي ، ثقة حافظ مات سنة
٢٣٢ هـ وله أكثر من ثمانين سنة . التقريب ٢٧٦ . ويرجع
أيضاً إلى : الخلاصة ص ٣١٠ والكشاف ٣٨٥/٢ ، وتهذيب
التهذيب ٢٩٠/٨ . (في النسخ : " عن كامل " والتصويب من مصادر
التخريج والتراجم) وقيل أبو عبيدة - عبد الواحد بن زياد العبدى
(٤) مولا هم البصري ثقة ، وفي حديثه عن الأعشى وهذه مقال . مات
سنة ١٧٦ هـ وقيل بعدها . انظر في ترجمته : التقريب ص ٢٢١ ،
والكشاف ٢١٨/٢ والخلاصة ص ٢٤٧ ، وتهذيب التهذيب
٤٣٤/٦ .
(٥) هو صدقة بن سميد الحنفي الكوفي . مقبول ، ذكره ابن حبان
في الثقات . وقال البخاري : عنده عجائب . انظر : تهذيب
التهذيب ٤١٥/٤ ، والكشاف ٢٧/٢ ، والخلاصة ص ١٧٣ ،
والتقريب ص ١٥٢ .
(٦) هو جميع بن عمير التيمي . أبو الأسود ، الكوفي من التابعين ،
صدوق يخطئ ويتشيع . انظر فيه : الجرح ٥٣٢/١ ، والخلاصة
ص ٦٤ ، والكشاف ١٨٧/١ ، وتهذيب التهذيب ١١٢/٢ ، والتقريب
ص ٥٧ .
(٧) ب : " عبد الله " وهو تصحيف .
(٨) في النسخ : " باع " والمثبت من سنن أبي داود .
(٩) انظر : سنن أبي داود ٢٧١/٣ ، وأخرجه أيضا ابن ماجه ٧٥٣/٢ ،

فدلت هذه الأخبار كلها على أنَّ التصرية عيب يوجب الردَّ من ثلاثة أوجه :

أحدها : نهيه عن التصرية للبيع يقتضي ^(١) أنَّ التصريفة تدليس وعيب.

والثاني : أنه جعله بخير النظرين في الردَّ والإمساك ، والردُّ إنما يكون بعيب .

والثالث : أنه أوجب بدلا من لبن التصرية / ردَّ صاع من ١١٠/أ تمر ، فاقضى أن يكون لبن التصرية قد تناوله العقد ، وحصل له من الثمن قسط يستحق بنقصه الردَّ .

ويتحرَّر من هذه الأدلة قياس فيقال : لأنَّه تدليس يختلف به الثمن ، فاقضى أن يستحقَّ به الردَّ كتسويد الشعر .

فأمَّا ردُّهم ^(٢) للخبر في المنع من الاستدلال به فمن وجهين : أحدهما : قدح فيه . والثاني : استعمال له .

فأمَّا قدحهم فيه فلاَّنه خبر واحد ^(٣) قد خالف الأصول ^(٤) من خمسة أوجه :

====
والبيهقي ٣١٩/٥ وفيه : " تفرد به جميع بن عمير قال البخاري ؛ فيه نظر "

قلت : والحديث ضعفه المنذرى في مختصره ٨٩/٥ ، والحافظ في فتحه ٣٦٤/٤ كلاهما من أجل جميع بن عمير . وقال ابن قدامة في مغنیه ١٠٤/٤ : " حديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق ، إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها ، أو مثلى لبنها قمحا ، ثم قد شكَّ فيه الراوى وخالفته الأحاديث الصحاح " .

(١) ب : للبيع وذلك يقتضي .

(٢) ب ، ج : فأمَّا دفعهم .

(٣) خبر الواحد عند الأصوليين هو ما عدا المتواتر . انظر : الأحكام

للأمدى ٢٣٤/١ ، وروضة الناظر ص ٥٢ ، وشرح الكوكب المنير ٣٤٥/٢ .

(٤) أى : الأصول الكلية في باب التضمن والتفريم قالوا ، وهي أصول ثابتة من الشريعة ، والحديث مخالف لها ، فلا يعمل به .

أحدها : أنه أوجب غرم اللبـن مع إمكان ردّه .

والثاني : أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله .

والثالث : أنه جعل القيمة تمرا وهي إنما تكون ذهباً أو ورقاً .

والرابع : أنه جعلها مقدّرة لا تزيد ^(١) بزيادة اللبـن ، ولا

تنقص ^(٢) بنقصانه . ومن حكم القيمة أن تختلف باختلاف المقوّم في الزيادة والنقصان .

والخامس : أنه جعل له الردّ مع ما حدث في يد المشتري من

النقص .

قالوا : فلما كان خبر التصرية مخالفاً للأصول من هذه الأوجه

الخسة ، وجب العدول عنه إلى ما اقتضته الأصول ، لما روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " ما جاءكم عنّي فاعرضوه على كتاب الله تعالى ، فإنه وافقه فخذوا به ، وإن خالفه فاتركوه " . ^(٤)

(١) د : " جعله " وهو خطأ .

(٢) د : " ولا تزيد " وهو خطأ .

(٣) د : " ولا ينقص " وهو خطأ .

(٤) ذكره الشافعي في الرسالة ص ٢٢٤ بدون السند ، وضعفه

، ولفظه : " ما جاءكم عنّي فاعرضوه على كتاب الله ، فما وافقه فأنأقلته ، وما خالفه فلم أقله " .

كما ذكره الهيثمي في المجمع ١/١٧٠ مرفوعاً من حديثي ثوبان وابن عمر رضي الله عنهم بنحو ما نقله الشافعي . ونسبهما السي الطبراني في الكبير ، وضعّفهما .

كما ذكره العظيم آبادي في عون المعبود ٣٢٩/٤ بلفظ :

" إذا جاءكم الحديث فاعرضوه على كتاب الله فإن وافقه فخذوه "

ثم قال : إنه حديث باطل لا أصل له " وذكره الغتني في تذكرة

وأما استعمالهم له فهو أن يحمل ^(١) على أن ^(٢) البائع و المشتري شرطاً في عقد البيع أن الشاة تحلب في كل يوم عشرة أرتال ، فيكون هذا شرطاً يفسد البيع به . ^(٣) فان اتفقا على ردّ هذا الشرط وابطاله في مدّة الثلاث ، صحّ البيع ، وإن لم يبطله حتى مضت الثلاث ، بطل البيع .

فهذه جملة عوّلوا عليها ^(٤) في دفعنا عن الاستدلال بالخبر وهذه الجملة ^(٥) فاسدة لا يجوز أن تدفع سنّة ثابتة .

أما قولهم : " إنه خبر واحد " فيقال : هذا خبر ^(٦) قد رواه جماعة ، منهم : أبو هريرة وابن مسعود ، وابن عمر ، وتلقاه الباقر بالقبول ، وانتشر العمل به في الصحابة انتشاراً صار كالأجماع عليه ، فصار

==== الموضوعات (ص ٢٨) ونقل عن الخطّابي قوله : " وضعته الزنادقة " كما ذكره العجلوني في كشف الخفاء (٨٩/١) ونقل عن الصغاني قوله : " هو موضوع " .

وقال أحمد محمد شاكر في تعليقه على الرسالة : " هذا المعنى لم يرد فيه حديث صحيح ولا حسن ، بل وردت فيه ألفاظ كثيرة كلها موضوع ، أو بالغ الغاية في الضعف حتى لا يصلح شي منها للاحتجاج أو الاستشهاد " .

(١) أثبتته من ب ، جـ . وفي أ ، د : " أن يحل " وهو تصحيف .

(٢) على أن : ساقط من أ ، د . وأثبتته من ب ، جـ .

(٣) به : لا يوجد في ب .

(٤) يقال : عوّلت على الشيء تعويلاً : اعتمدت عليه . انظر : المصباح

ص ٤٣٨ .

(٥) ب ، جـ : جملة .

(٦) د : خبر واحد .

بأخبار التواتر^(١) أشبه . على أن أخبار الآحاد إذا وردت مورداً صحيحاً^(٢)
لم يمنع الشرع من العمل بها .^(٣)

وأما قولهم : " إنه مخالف للأصول " فعنه^(٤) جوابان :

أحدهما : أن ما ورد النص به فهو أصل بذاته لا يعتبر فيه
موافقة الأصول كالدية على العاقلة^(٥) ، والفرة^(٦) في الجنين . وإنما
يبطل القياس لمخالفة الأصول ، فأما النص فلا . ولو جاز أن يكون
هذا باطلاً لمخالفة الأصول مع كونه أصلاً ، لجاز أن تكون تلك الأصول

- (١) قال الآمدي في أحكامه ٢٢٠/١ : " لتواتر في اللغة عبارة عن
تتابع أشياء واحداً بعد واحد بينهما مهلة ، وفي اصطلاح المشتقة
هو عبارة عن تتابع الخبر عن جماعة مفيد للعلم بخبره . " أهـ
بالاختصار . وانظر في تعريفه أيضاً : فواتح الرحموت ١١٠/٢ ،
وشرح الكوكب المنير ٣٢٤/٢ ، وارشاد الفحول ص ٤٦ .
- (٢) أي إذا تقرر فيها الشروط المعتبرة في حجيتها وانظر في تلك
الشروط : الأحكام للآمدي ٢٦٠/١ ، وارشاد الفحول ص ٥٠ .
- (٣) قلت : العمل بما ثبت بخبر الواحد واجب على الصحيح المعتمد
عند جماهير العلماء من السلف والخلف . ومنعه قوم مطلقاً منهم
ابن أبي داود السجستاني ، وبعض المعتزلة ، وبعض القدرية ،
والظاهرية ، وكذلك الرافضة . ومنعه المالكية إذا خالفه عمل أهل
المدينة . ومنعه أكثر الحنفية فيما تعم به البلوى ، أو خالفه راويه ،
أو عارض القياس . انظر التفصيل في : المستصفى ١٨٦/١ ،
وفواتح الرحموت ١٣١/٢ والأحكام للآمدي ٢٤٤/١ ، وشرح الكوكب
المنير ٣٦١/٢ .

(٤) ب ، د : " ففيه " وهو تصحيف .

- (٥) العاقلة : هي العصابة والأقارب من قبل الأب الذين يعطون حصة
قتيل الخطأ ، وهي صفة أي جماعة عاقلة . انظر النهاية لابن الأثير ٢٧٨/٣ .
- (٦) الفرة : العبد نفسه أو الأئمة ، وأصل الفرة : البياض الذي
==

باطلة (١) بهذا الأصل .

وان صحّ قلب هذا الأصل ، فهذا (٢) القول / كان طّرحا ، ١١٠/ب
ووجب (٣) اعتبار كل أصل بذاته .

(٤) (٥) (٦)

ثم يقال لهم : كيف استجزتم استعمال الخبر في القهقهة والنبذ

====
يكون في وجه الفرس ، انظر : المرجع السابق ٣٥٣/٣ ، وفيه
أيضا : " وانما تجب الغرة في الجنين إذا سقط ميتا ، فان سقط
حيّا ثم مات ففيه الدية كاملة " .

(١) ج : " باطلا " وهو خطأ .

(٢) أثبتته من د ، وفي سائر النسخ : " وهذا " وبأباه السياق .

(٣) ب ، ج : ولزم .

(٤) أي في نقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة ، فان الحنفية قالوا بذلك

عملا بحديث ضعيف وهو : " من ضحك في الصلاة قهقهة
فليعد الوضوء والصلاة " . والحديث مع ضعفه مخالف للقياس ؛
لأنّ القهقهة ليست بخارج نجس ، ولهذا لم تكن حدثا في
صلاة الجنازة ، وسجدة التلاوة ، وخارج الصلاة . ولكنهم علوا
بالحديث الضعيف هنا ، وتركوا القياس لمجرد فرض احتمال أن
يكون الحديث صحيحا . على عكس صنيعهم في مسألة الصرّة
فانهم علوا بالقياس هنا ، وتركوا الحديث الصحيح ، وفرضوا فيه
احتمالات وأوهاما فاسدة . وهذا منهم تناقض ظاهر لا مسوّغ
له سوى التعصّب والتعنّت .

أنظر في مذهب الحنفية : البدائع ١٥٢/١ ، والهداية مع الفتح
٥١/١ ، والدر المختار مع رد المحتار ١٤٤/١ . وارجع في حديث
القهقهة إلى سنن الدارقطني ١٦٤/١ ، ونصب الراية ١٤٢/١
وقد ذكرنا جميع طرق الحديث وأبانا عللها .

(٥) النبذ : هو ما يعمل من الأثرية من التمر والزبيب والعسل والحنطة
والشعير وغير ذلك ، وسواء كان مسكرا أو غير مسكر ، أنظر : النهاية
لابن الأثير ٧/٥ .

(٦) يشير المؤلف الى تناقض آخر للحنفية وهو أنهم أجازوا الوضوء

====

مع مخالفتها للأصول ، وامتنعتم من هذا ؟ فان قالوا : لورود الرواية به (١) . قيل : فكذلك التصريح .

وأما قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (٢) " ما جاءكم عنى فاعرضوه على تعالى " فمعناه : (٣) ما لم يكن في كتاب الله نص يدفعه فخذوا به .

====
بالنبذ علما بما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صَلَّى الله عليه وسلم قال له ليلة الجن : ما في إداوتك ؟ قال : نبذ قال : " شرة طيبة وماء طهور " فتوضأ منه . مع أن القياس يقتضي أن لا يجوز الوضوء بالنبذ لتغير طعم الماء ، وصورته مغلوا بطعم الثمر ، فكان في معنى الماء المقيد . ولكنهم قد مسوا الحديث مع ضعفه على القياس . وذلك على خلاف صنيعهم في مسألة المصراة .

انظر في مذهب الحنفية : البدائع ١١٥/١ ، والهداية مع الفتح ١١٢/١ ، والتبيين ٣٥/١ ، وفيه أنه مذهب أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يتيم ولا يتوضأ به ، وهو رواية عن أبي حنيفة . وقال محمد : يجمع بينهما ، وهو أيضا رواية عن أبي حنيفة . قلت : والحديث أخرجه الترمذى ١٤٧/١ ، وقال : أبو زيد رجل مجهول عند أهل الحديث ، لا تعرف له رواية غير هذا الحديث ، وأبو داود ٢١/١ ، وابن ماجه ١٣٥/١ ، والطحاوى في شرح المعاني ٩٥/١ ، وضعفه . ونقل المنذرى في مختصره ٨٢/١ عن أبي زرعة أيضا تضعيفه كما نقل قول أبي أحمد الكرابيسي : " ولا يثبت في هذا الباب من هذه الروايات حديث ، بل الأخبار الصحيحة عن عبد الله بن مسعود ناطقة بخلافه " .

(١) به : ساقط من ج .

(٢) صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أثبت من ج . ولا يوجد في باقي النسخ .

(٣) قلت : هذا الجواب على فرض صحة الحديث ، وقد تقدم أنه ضعيف بل وموضوع .

ألا ترى إلى ما روى عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ : " لَا أَلْفِينَ ^(١)
أُحَدِّثُكُمْ مَثَكُنًا عَلَى أُرَيْكَتِهِ ^(٢) يَأْتِيهِ الْأَمْرُ ^(*) (٣) مِنْ أَمْرِي ، مَا أَمَرْتُ بِهِ أَوْ
نَهَيْتُ عَنْهُ . فَيَقُولُ : لَا أَدْرِي مَا وَجَدْنَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى اتَّبَعْنَاهُ ^(٤) .
هَذَا مَعَ قَوْلِهِ تَعَالَى : * وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ ، وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا * ^(٥) .

والجواب الثاني : أَنَّ خَبَرَ التَّصْرِيَةِ غَيْرُ مُخَالَفٍ لِلْأُصُولِ مِنَ الْأَوْجَهِ
الَّتِي ذَكَرُوهَا ، بَلْ فِي الْأُصُولِ مَا يَشْهَدُ لَهُ وَيَعَاذُهُ .

أَمَّا قَوْلُهُمْ : " إِنَّ غَرَمَ الْقِيَمَةِ مَعَ إِمَّاكَانِ الرَّدِّ لَا يَجُوزُ " . فَالَرَّدُ
فِي لَبَنِ التَّصْرِيَةِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ مِنْ وَجْهَيْنِ :

أحدهما : نَقْصُ قِيَمَتِهِ بَعْدَ الْحَلْبِ ، وَذَهَابُ كَثِيرٍ مِنْ مَنَافِعِهِ
بَطُولِ الْمَكْتِ .

(١) أ ، د : لَا أَلْفَيْنِ * وَهُوَ خَطَأٌ ، وَالتَّصْوِيبُ مِنْ ب ، ج ، و مَصَادِرِ
التَّخْرِيجِ .

(٢) جَاءَ فِي النِّهَايَةِ لِابْنِ الْأَثِيرِ ٤٠/١ : " الْأُرَيْكَةُ : السَّرِيرُ فِي
الْحَجَلَةِ مِنْ دُونِهِ سِتْرٌ ، وَلَا يَسْتَقِي مُنْفَرِدًا أُرَيْكَةً ، وَقِيلَ : هُوَ
مَا اتَّكَيْ عَلَيْهِ مِنْ سَرِيرٍ ، أَوْ فَرَّاشٍ أَوْ مَنَصَّةٍ * قُلْتُ : وَالْحَجَلَةُ :
بِفَتْحَتَيْنِ ، بَيْتٌ يَزِينُ لِلْعُرُوسِ بِالثِّيَابِ وَالْأُسْرَةِ وَالسُّتُورِ كَمَا فِي مُخْتَارِ
الصَّحَاحِ ص ١٢٤ . (*) يَأْتِيهِ : لَيْسَ فِي أ . وَأَثْبَتَهُ مِنْ ب ج د .

(٣) أ * الْأَمْرُ * وَالتَّصْوِيبُ مِنْ بَاقِي النُّسخِ . وَمِنْ مَصَادِرِ التَّخْرِيجِ .

(٤) حَدِيثٌ صَحِيحٌ . أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ فِي مَسْنَدِهِ ٢٠٣/٦ (مَعَ الْأُمِّ)

وَفِي الرِّسَالَةِ ص ٨٩ ، ٢٢٦ ، ٤٠٣ ، وَأَبُو دَاوُدَ ٢٠٠/٤ ،

وَالْتِّرَمِذِيُّ ٣٧/٥ وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَابْنُ مَاجَةَ ٧/١ ،

وَأَحْمَدُ ٨/٦ ، وَالْحَاكِمُ ١٠٨/١ وَصَحَّحَهُ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ

كُلُّهُمْ أَخْرَجُوهُ مِنْ حَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ مَرْفُوعًا .

هَذَا ، وَقَدْ رَوَى مَعْنَاهُ أَيْضًا مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ . أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ ٣٦٢/٢ ،

وَمِنْ حَدِيثِ الْمُقْدَامِ بْنِ مَعْدِيكَرِبٍ أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ ١٣١/٤ ، وَالدَّارِمِيُّ ١٤٤/١ .

(٥) انْظُرْ : سُورَةُ الْحَشْرِ : ٢٠ .

والثاني : أن لبن التصرية قد خالطه ^(١) ما حدث في الضرر بعده على ملك المشتري ، فلم يمكن ردّه مع الجهل بما خالطه ^(٢) .

وأما قولهم : "إنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله ، وجعله مقدّرا مع اختلاف قدره " . فالجواب : أن ما كان مجهول القدر مجهول الوصف ، جاز الرجوع فيه الى بدل مقدّر في الشرع ^(٣) ، من غير مثل ولا تقويم ، كالغرة في الجنين يستوى فيه الذكر والأنثى وإن اختلفت دياتهما . وما قدره الشرع في الشجاج ^(٤) كالموضحة ^(٥) التي تستوى ^(٦) دية ماصغر منها وما كبر ^(٧) .

-
- (١) ج : قد خالط .
- (٢) قلت : ولوقيل برّد المثل هنا لوقع التخاصم والتشاجر بين المتبايعين في تقدير لبن التصرية ، فقطع الشارع الحكيم هذا النزاع والخصام ، وقدره بحدّ لا يتعدّياته فصلا للخصومة .
- (٣) ب ، ج : بالشرع .
- (٤) الشِّجَاج : جمع شَجّة ، وهي المرّة من الشجّ ، والشجّ في الرأس خاصّة في الأصل ، وهو أن يضربه بشي* فيجرحه فيه ويشقه ، ثم استعمل في غيره من الأعضا* . أنظر : النهاية لابن الأثير ٢/٤٤٥ .
- (٥) المَوْضِحَةُ : الشجّة التي تبدى وضح العظم أي بياضه . والجمع : مواضع . أنظر : المرجع السابق ٥/١٩٦ والصحاح ١/٤١٦ .
- (٦) أثبتته من ج . وفي أ : " يستوى " وفي ب ، د : غير منقوط .
- (٧) أرش الموضحة خمس من الإبل . قال الخطّابي في معالمه ٥/٨٧ " وكذلك الدية في الأصابع سواء على اختلاف مقادير جمالها ومنفعتها ، وجاءت السنة بالتسوية بين دية اللسان والعينين واليدين والرجلين . " ثم بعد أن ذكر أمثلة أخرى قال : " فكيف يجوز ردّ السنة الثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم من أجل أن بينها وبين بعض السنن مخالفة في بعض أحكامها . "

وأما قولهم : " إِنَّ فِيهِ عَدْوًا عَنْ التَّقْوِيمِ إِلَى الثَّمَنِ " فليس
بمنكر (١) أَنْ يَرَدَّ الشَّرْعُ فِي الْقِيَمَةِ بِمَا يَخَالِفُ (٢) جِنْسَ الْأَثْمَانِ . كما
جاءَ الشَّرْعُ فِي الدِّيَّاتِ بِالْأَبْلِ (٣) ، وَفِي جِزَاءِ الصَّيْدِ بِالنَّعَمِ (٤) ، وَفِي
الْجَنِينِ بِالْفَرَّةِ . (٥)

وأما قولهم : " إِنَّهُ يُوجِبُ الرَّدَّ مَعَ مَا حَدَثَ فِي يَدِ الْمُشْتَرَى مِنْ
النَّقْصِ " فعنه جوابان :

أحدهما : أَنَّ النَّقْصَ حَادِثٌ فِي اللَّبَنِ دُونَ الشَّاةِ ، وَهُوَ إِنَّمَا
يَرَدُّ الشَّاةَ دُونَ اللَّبَنِ .

والثاني : أَنَّ النَّقْصَ الْحَادِثَ الَّذِي لَا يُوَصِّلُ إِلَى مَعْرِفَةِ
الْعَيْبِ إِلَّا بِهِ لَا يَمْنَعُ مِنَ الرَّدِّ ، كَالَّذِي يَكُونُ مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ إِذَا كُسِرَ . (٦)
وَأَمَّا اسْتِعْمَالُهُمُ الْحَدِيثَ عَلَى مَا ذَكَرُوهُ مِنَ الشَّرْطِ فَعَلَطَ مِنْ
أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ :

- (١) ب : " فليس تمكن " وهو تصحيف .
(٢) د : بما خالف .
(٣) وقد ثبت ذلك بأحاديث صحيحة أخرجه البخاري ١١/٩ ،
ومسلم ١٢٩٤/٣ ، وأبو داود ١٨٤/٤ ، والترمذي ١٠/٤ ،
والنسائي ٣٦/٨ ، وابن ماجه ٨٧٧/٢ .
(٤) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ
، وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا
عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالْغُلُوبَةِ ﴾ الْآيَةُ سُورَةُ الْمَائِدَةِ : ٩٥ .
(٥) وقد ورد ذلك في أحاديث صحيحة رواها البخاري ١٢٦، ١٤/٩ ،
ومسلم ١٣٠٩/٣ ، وأبو داود ١٩١/٤ ، والترمذي ٢٣/٤ ،
والنسائي ١٩/٨ ، وابن ماجه ٨٨٢/٢ .
(٦) إِذَا كُسِرَ : ساقط من د .

أحدها : أنّ نهيه عن التصريه لا يقتضيه . (١)

والثاني : أنه جعل الردّ للمشتري وعده ، ولو كان للشرط كان لهما .

والثالث : أنه جعل الرضى موجبا (٢) للإمضاء ، والسخط موجبا

للردّ ، ولم يجعله (٣) معلقا باسقاط الشرط .

والرابع : أنه أوجب فيه ردّ صاع من تمر ، وإسقاط (٤) الشرط

لا / يوجب ردّ صاع من تمر .

١/١١١

وأما الجواب عن استدلالهم بأنّ هذا ظنّ من المشتري ، كما لو

ظنّ سمن ضرعها لبنا ، وانتفاخ جوفها حملا . فهو أنّ سمن الضرع

ليس بتدليس منه فلم يكن عيبا ، والتصريه تدليس منه فكانت عيبا .

وأما انتفاخ جوفها بالعلف . فهو وان كان من فعله فهو مقدوب

إلى إكثار علفها وغير منهي عنه ، (٥) فلم يكن تدليسا . والتصريه منهي عنها

فكانت تدليسا .

وكذا لو ابتاع غلاما قد أخذ دواة وأقلاما وسوّ يدیه (٦) ليومهم

المشتري أنه كاتب ، فكان (٧) غير كاتب ، فليس هذا عيبا يستحقّ به

المشتري الردّ ، لأنه قد كان يمكنه اختباره قبل الشراء ، ولكون ذلك منه

محتملا ، لأنه يجوز أن يكون كاتبا ، ويجوز أن يكون غلاما لكاتب .

(١) د : عن تصرية ولا يقتضيه .

(٢) من ب ، ج . وفي أ ، د : " موجب " وهو خطأ .

(٣) أ : " ولم يجعل " وأثبتته من باقي النسخ .

(٤) ب : " فاسقاط " وهو خطأ .

(٥) د : " وغير مستحق عنه " وهو خطأ .

(٦) ب : " يد " ج : " بدنه " .

(٧) ب ، د : " وكان " .

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لو كان عيباً مع الرواية^(١) ،
لكان عيباً مع فقد الرواية كسائر العيوب . فهو إما نقول إنه عيب مع
الرواية ، وفقد الرواية . كسائر العيوب .

- فصل -

وإذا ثبت أن التصريح عيب يوجب^(٢) الرد ، فلا يخلو حال
المشتري عند العقد من أحد أمرين : إما أن يكون عالماً بالتصريح ، أو غير
عالم . فان كان غير عالم بالتصريح ، فله الرد إذا علم بالتصريح إلى ثلاثة^(٣)
أيام ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " فهو بخير النظرين بعد أن يحلفا ثلاثاً " .
واختلف أصحابنا في هذا الخيار على وجهين :^(٤)

أحدهما : وهو قول أبي حامد الروزني - : أنه خيار شرع ،
لأنه يمتد (بعد العلم بالعيب)^(٥) إلى مدة^(٦) ثلاثة^(٧)
أيام . ولو كان خيار عيب لكان على الفور .
والوجه الثاني^(٨) - وهو قول أبي إسحاق الروزي - : أنه خيار

-
- (١) د : " مع الرواية " وهو خطأ .
(٢) ب : " توجب " .
(٣) ب : " أن يحلفها " وهو تصحيف .
(٤) ذكرهما السبكي في تكملة (٣٣ / ١٢) . قال : " وأصحهما
وأوفقهما للحديث ولنصر الشافعي قول أبي حامد " وراجع نص
الشافعي في الأم (٦٠ / ٣) في باب الاختلاف في العيب
من كتاب اختلاف العراقيين .
(٥) بالعيب : ساقط من د .
(٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٧) مدة : ساقطة من ج .
(٨) د : " والقول الثاني " وهو خطأ .

عيب ؛ لأنه موضوع لكشف التدليس . والتدليس بالتصرية لا يعلم قبل مضى
ثلاثة أيام ؛ لأنه إذا حلبها في اليوم الأول لم يعلم بالتصرية ، لجواز
أن يكون لبنها في كل يوم مثله . فإذا حلبها الحلبة الثانية في اليوم
الثاني فرآه ناقصا ، جاز أن يكون نقصه لأنها مصّاة ، وجاز أن يكون نقصه
لحلة ، ^(١) أو لتغير مكان . فإذا حلبها الثالثة في اليوم الثالث فكان
ناقصا عن اليوم الأول تيقن ^(٢) حينئذ أنها مصّاة .

فلو لم يعلم بالتصرية حتى مضت ثلاثة أيام ، ثم علم . فعلى
الوجه الأول لا ردّ له ؛ لأنه قد تقدّر بالشرع ثلاثا ، فلم يجز أن يثبت
بـ ~~عقد~~ ثلاث ، وعلى الوجه الثاني له الردّ ، كما لو علم بغيره من
العيوب بعد ثلاث .

وأما إذا كان عالما بالتصرية عند العقد فهل يثبت له خيار الردّ

أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : له / الخيار في الردّ . وهذا قول من زعم أنه خيار ١١١/ب

شرع .

والثاني : لا خيار له في الردّ . وهذا قول من زعم أنه خيار

عيب . ^(٣)

(١) ب : * لقلة * وهو تصحيف .

(٢) ج : تبين .

(٣) راجع في الفصل : المهذب ٢٨٩/١ ، والفتح ٣٣٤/٨ ، والروضة

٤٦٦/٣ ، والتكلمة ٣١/١٢ ، والمنهاج مع المغني ٦٣/٢ ،

والنهاية ٧٢/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٩/٢ .

- فصل -

فاذا رَدَّ بالتصرية على ما ذكرناه ، فعليه أن يردَّ معها بدلا من
لبس (١) التصرية صاعا . وفيه (٢) لأصحابنا ثلاثة أوجه : (٣)
أحدها - وهو قول أبي اسحاق المروزي وطائفة - (٤) أنه يردَّ معها
صاعا من تمر ، ولا يجوز أن يعدل إلى غيره من الأقوات (٥) ، لقوله صَلَّى الله
عليه وسلَّم : " صاعا (٦) من تمر لا سمرا " .
فعلى هذا لو أعوز التمر (٧) أعطى قيمته . وفي محلّ قيمته وجهان . (٨)

-
- (١) لبس : ساقط من د .
(٢) فيه : أثبتته من ب ، ولا يوجد في باقي النسخ .
(٣) راجع : الفتح ٣٣٥/٨ ، والروضة ٤٦٧/٣ ، والتكلمة ٤٩/١٢ ،
والضجاج مع المفنى ٦٤/٢ ، والنهاية ٧٢/٤ - ٧٣ ، وشرح
المحلى مع قليوبي وعميرة ٢٠٩/٢ .
(٤) وهو الصحيح عند أكثر الشافعية . انظر : المراجع السابقة ، قال
السبكي في تكملة (٥٥/١٢) مرجحا لهذا الوجه : " لأنّ
الأحاديث الصحيحة مصرّحة بالتمر ، والتي فيها الطعام مطلقا
محمولة عليه ؛ لأنّ المطلق محمول على المقيد . وأمّا حديث ابن
عمر الذي فيه القمح فقد تقدّم التنبيه على ضعف طريقه .
(٥) قال السبكي : " إلا أن يكون - أى العدول - برضى البائع " .
انظر : تكملة ٥٦/١٢ .
(٦) ب : " صاع " وهو خطأ .
(٧) ب : " الثمن " وهو تصحيف .
(٨) ذكرهما الرطلي في النهاية ٧٣/٤ ، والشريني في المفنى ٦٤/٢
ونسب تصحيح الوجه الأول إلى السبكي والأذري وغيرهما . وقال
عن الوجه الثاني بأنه المعتمد ، وجرى عليه ابن المقرئ .

أحدهما : قيمته في أقرب بلاد التمر منه . والثاني : قيمته بالمدينة .

والوجه الثاني : - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - : أنه يعطى

صاعا من أي الأقوات المزكاة شاء^(١) ، من تمر أو بر^(٢) ، أو شعير ، أو

زبيب^(٣) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خبر أبي هريرة :

" صاعا من تمر " وقال في خبر ابن عمر : " أعطى مثل أو مثلى لبنها قمحا .

فعلم أنه على وجه التخيير . وقوله : " مثلى " ^(٤) لبنها قمحا " ؛ لأنه فسي

الغالب يكون صاعا ؛ لأن الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع .

والوجه الثالث - وهو قول أبي سعيد الإصطخري^(٥) : أنه يعطى

صاعا من غالب قوت بلدة اعتبارا بركة الفطر .

- فصل -

فلواشترى شاة بصاع ، ثم أراد ردّها بالتصرية ، ففي قدر^(٦)

ما يردّ معها وجهان : ^(٧)

أحدهما : يردّها ويردّ معها صاعا من تمر^(٨) إن شاء ؛

(١) ب : " شاة " وهو تصحيف .

(٢) أو برّ : ساقط من ب .

(٣) ب : أو زبيب أو شعير .

(٤) ج ، د : " مثل " وهو خطأ .

(٥) ويحكى عن مالك وابن سريج أيضا . كما نسب إلى ابن سلمة وابن

أبي هريرة وقال الروياني : إنه القياس . راجع : الفتح ٣٣٥/٨ ،

والتكملة ٤٩/١٢ والحلية ٧٣/ب .

(٦) من ب ، ج . وفي أ ، د : " ففي ردّ " وهو خطأ .

(٧) أصحهما هو الوجه الأول . راجع الفتح ٣٣٦/٨ ، والروضة ٤٦٨/٣ ،

والتكملة ٧٦/١٢ وفيها : " ولا يكون ذلك ربا ؛ لأنّ الربا في

العقود لا في الغسوخ " ثم نقل في المسألة وجهين آخرين .

أحدهما : أنه يردّ الشاة بقيمة اللبن ذهباً أو ورقاً . والثاني : أنه يردّها ولا شيء عليها .

(٨) من تمر : أثبتته من ب وليس في باقي النسخ .

لأنّ الشرع قد قدر لبن التصرية بصاع فلا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه ،
كمالا اعتبار بقلّة اللّبن وكثرته .

والوجه الثاني : أنه يرّد من الصاع بقدر نقص التصرية من الثمن ؛
لأنّ المتنفّي بالردّ استدراك النقص .

فعلى هذا تقوم الشاة لولم تكن مصّاة ، فاذا قيل عشرة دراهم ،
قومت وهي مصّاة . فاذا قيل ثمانية درهم ، علم أنّ نقص التصرية هو
الخمس ^(١) ، فيردّ المشتري معها خمس الصاع الذي اشتراها به .

- فصل -

فلو كان لبن التصرية بعد حلبه باقيا ، فأراد المشتري أن يردّه
معه ، لم يلزم البائع قبوله ^(٢) ، لنقصه بالحلب وتغيّره . ولو طلبه
البائع لم يلزم المشتري دفعه لما حدث في الضرع من زيادة اللّبن قبل
الحلب . ووجب ردّ بدله صاعا ، إلّا أن يتفقا على ردّ اللّبن ^(٣) .

- مسألة -

قال الشافعي ^(٤) : (وكذلك البقر) ^(٥) .
وهذا صحيح . وحكم التصرية في الابل ، والبقر ، والغنم ^(٦) سواء ؛

- (١) ج : " الخمسان " وهو خطأ .
(٢) هذا هو الوجه الصحيح الذي ذهب إليه جمهور الشافعية . وفي
وجه : يلزمه قبوله ويجبر عليه ، لأنّه أقرب إلى استحقاقه من بدله
وهذا الخلاف فيما إذا لم يتغيّر اللّبن وأما إذا تغيّر وحمض فلا
خلاف في أنه لا يلزمه قبوله . راجع : المهذب ٢٩٠/١ ، والفتح
٣٣٥/٨ ، والروضة ٤٦٢/٣ ، والتكلمة ٨٠/١٢ .
(٣) راجع إضافة إلى المراجع السابقة : المغني ٦٤/٢ ، وشرح المحلى
٢٠٩/٢ .
(٤) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
(٥) أنظر : مختصر العزني ١٨٥/٢ .
(٦) والغنم : ساقط من ج ، د .

لأنَّ النَّصَّ في الإبل والغنم دليل على أنَّ / ما بينهما لا حق بهما . ١١٢/أ
ولأنَّ البقر من جملة النعم التي تقصد ألبانها . وأى هذه الثلاثة ردها
بالتصرية ردَّ معها صاعا بد لا من لبن التصرية .

فأمَّا التصرية في غير الإبل والبقر والغنم فهل تكون عيبا يوجب
الردَّ ؟ على وجهين : (١)

أحدهما - وهو قول البصريين - : أنه ليس بعيب ؛ لأنَّ الألبان
لا تقصد غالبا إلاَّ من النعم (٢) ، فلم يكن نقص اللبن فيما عدا الإبل
والبقر والغنم عيبا .

والوجه الثاني - وهو قول البغداديين - : أنَّ التصرية في كل
الحيوان عيب ؛ لأنَّ في كثرة ألبانها نفعًا وغرضًا ، فكان نقصه عيبا ،
كالنقص في ألبان البقر والإبل والغنم .
فعلى هذا الوجه لو اشترى أمة فبانت مصرة (٣) ، فأراد

(١) قال النووي : " والأصحَّ : أنها لا تختصَّ بالنعم ، بل يعمَّ كلُّ
مأكول وجارية والأتان " . قال الشرييني في تعليقه : " لأنه
قد ورد في رواية مسلم " من اشترى مصرة " وفي رواية للبخاري
" من اشترى محفلة " ، ولأنَّ لبنها مقصود للتربية " . انظر :
المنهاج والمغني ٦٤/٢ .

(٢) النعم : واحد الأنعام ، وهي المال الراعي ، وأكثر ما يقع هذا
الاسم على الإبل . انظر : المختارص ٦٦٩ .

(٣) وهل يثبت في الجارية المصرة الخيار ؟ فيه وجهان . أحدهما :
- وهو الأصحَّ - يثبت ؛ لأنَّ غزارة السبان الجوارى مطلوبة في
الحضانة ، مؤثرة في القيمة . والثاني : لا يثبت ؛ لأنه لا
يقصد لبنها إلاَّ على ندوره . انظر : الفتح ٣٣٦/٨ - ٣٣٧ ،
والروضة ٤٦٩/٣ .

رَدَّها بالتصرية ، فهل يلزمه أن يردَّ معها صاعا من تمر بدلا من لبن التصرية ؟
على وجهين : (١)

أحدهما : يردَّ معها صاعا من تمر لعموم الخبر .

والثاني : لا يلزمه ذلك ؛ لأنَّ ألبان الإمام غير مقصودة (٢)
(بل الحضانة مقصودة) (٣) واللبن تبع . وكذلك الحكم في إناث الخيل .

فإنَّ إناث الحمير فقد اختلف أصحابنا في ألبانها . فمذهب جمهورهم
أنها نجسة ، فعلى هذا إذا رَدَّها بالتصرية لم يلزمه ردَّ صاع معها ؛ لأنه
لا عوض لألبانها .

وقال أبو سعيد الإصطخري : هي طاهرة يجوز شربها . فعلى هذا
إذا رَدَّها بالتصرية فهل يردَّ معها صاعا من تمر ؟ على وجهين كالإمام
وإناث الخيل . (٤)

(١) أصحهما هو الوجه الثاني . راجع المرجعين السابقين .

(٢) ب : غير مقصود .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) وقد حكى السبكي في إناث الحمير أربع طرق للأصحاب ، وهي كما يلي :

إحداها : - ذكرها الشيرازي والشيخ أبو حامد - : أنه إن قلنا
بطهارة لبنها رَدَّها و ردَّ بدل اللبن . وإن قلنا بنجاسته فقليل :
يردَّها ولا يردَّ معها شيئا وقليل : يمسكها ويأخذ الأرض .

والطريقة الثانية : وهي التي ذكرها الماوردي والقاضي حسين .

والطريقة الثالثة - ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب - :

الجزم برَدَّها وتخريج بدل اللبن على الخلاف . فإن قلنا بطهارته
رَدَّبدله صاعا من تمر . وإن قلنا بنجاسته لا يردَّ ؛ لأنَّ النجس
لا بدل له ولا قيمة .

- مسألة -

قال الشافعي (١) : (٢) فان (٢) رضىها المشتري وحلبها
زمانا ، ثم أصاب بها عيبا غير التصرية فله ردّها بالعيب ويردّ معها صاعا
من تمر عن لبن (٣) التصرية . ولا يرّد اللبن الحادث في ملكه ، لأنّ النبي
صلّى الله عليه وسلّم قضى (٤) أنّ (٥) الخراج بالضمان . (٦)

وصورتها في رجل اشترى شاة مصّاة فرضى بالتصرية ، ثمّ
وجد بها عيبا غير التصرية ، فله الخيار في ردّها بالعيب الآخر ؛ لأنّ من
رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضى بما علم من الردّ بما لم يعلم .
فإذا كان كذلك لم يخل حال علمه بالتصرية ورضاه بها من أحد
أمرين : إمّا أن يكون مع العقد أو بعده .

فان كان بعد العقد علم بالتصرية ورضى بها ، ثم وقف على عيب
آخر ، فله أن يرّدّها بالعيب الآخر لا يختلف أصحابنا فيه . فإذا ردّها

====
والطريقة الرابعة - وارتضاها الإمام الجويني - : أنه إن قلنا : اللبن
نجس فلا يقابل بشي* ولكن لا يبعد إثبات الخيار ، إن قد
يقصد غزارة لبنها لمكان الجعش ، وإن حكمنا بأنه طاهر فكذلك
لأنّ اللبن المحرّم لا يتقوّم . وإن حكمنا بحلّه فالقول فسي
تصريتها كالقول في تصرية الجارية . انظر تكلمته ٨٩/١٢ .
وراجع في المسألة أيضا : المهذب ٢٩٠/١ ، والفتح ٢٣٦/٨
يردّها ولا يرّد اللبن في الأصحّ ، والروضة ٤٦٨/٣ ، والمغني
٦٤/٢ ، والنهاية ٧٤/٤ ، وشرح المحلى ٢١٠/٢ .

(١) ب : د : " الشافعي رضي الله عنه " ج : " الشافعي رحمه الله " .

(٢) م : فان كان .

(٣) ب : " ثمن لبن " م : " ثمن اللبن " .

(٤) ب : قال .

(٥) ب : بدون " أن " .

(٦) انظر : مختصر المزني ١٨٥/٢ . والحديث يأتي تخريجه في ص ٨٣٣
هامش (٤) .

بالعيب الآخر رَدَّ معها صاعاً من تمر بدلاً من لبن التصرية ؛ لأنه قد كان معقوداً عليه . ولا يردُّ عن اللبن ^(١) الحادث في يده عوضاً ، لأنه حدث في ملكه ^(٢) وبعد ضمانه ، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم / أَنَّ الخراج بالضمان .

ب/١١٢

فَأَمَّا ^(٣) إِنْ كَانَ عَلَيْهِ ^(٤) بالتصرية ورضاه بها مع العقد ، ثُمَّ وَقَفَ عَلَى عَيْبٍ آخَرَ ^(٥) ، ففِي جَوَازِ رَدِّهَا بِهِ وَجْهَانِ ^(٦) خَرَجَهُمَا ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ مِنْ اخْتِلَافِ قَوْلِهِ ^(٧) فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ :

أحدهما : يردُّها بالعيب ، ويردُّ معها ^(٨) صاعاً من تمر بدلاً من لبن التصرية ، على قول من ^(٩) يجيز تفریق الصَّفَقَةِ .

والثاني : لا يردُّها بهذا العيب ، ويرجع بأرضه ، على قول من ^(٩)

-
- (١) د : " مع اللبن " وهو خطأ .
 (٢) د : في يده .
 (٣) فَأَمَّا : أثبتته من ب . وفي باقي النسخ " هذا " وهو خطأ .
 (٤) ب : " عالماً " ولا يقلبه السياق .
 (٥) آخر : ساقط من د .
 (٦) أَصَحُّهُمَا الْوَجْهَ الْأَوَّلُ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ الْجَزْمُ الْكَثِيرُونَ ، وَهُوَ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ هُنَا . قُلْتُ : وَالَّذِينَ حَكَّوْا الْوَجْهَيْنِ ذَكَرُوهُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْعِلْمُ بِالتَّصْرِيَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ أَوْ مَعَهُ رَاجِعَ الْفَتْحِ ٣٣٨/٨ ، وَالرُّوْضَةُ ٤٧٠/٣ ، وَالتَّكْلُفَةُ ٦٥/١٢ ، وَحَكَى فِي السَّأَلَةِ أَرْبَعَ طُرُقَ لِلْأَصْحَابِ . وَالْمَغْنَى ٦٤/٢ جَزَمَ بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ .
 (٧) د : قوله .
 (٨) معها : لا يوجد في ب .
 (٩) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَاقِطٌ مِنْ أ ، د . وَأَثْبَتَهُ مِنْ ب ، ج .

يمنع من تفريق الصفقة ؛ لأن لزوم بعض الصفقة يمنع من فسخ بعضها ،
لما فيه من تفريقها . وليس كذلك حكم الرضا بعد العقد ؛ لأن الصفقة
لم تكن قد أوجبت لزوم النقص .

- فصل -

فلو اشترى شاة غير مصّاة وكان في ضرعها لبن ، وعليه ، ثم
وجد بها عيبا - جاز أن يردها به ، لا يختلف أصحابنا فيه ؛ لأن ما كان
في الضرع غير مقصود إذا لم يكن لبن التصرية .

وعليه إذا ردها بالعيب أن يردها معها ^(١) قيمة ذلك اللبن ؛
لأنه يأخذ قسطا من الثمن . ولا يلزمه رد صاع ؛ لأن الصاع عوض من
لبن التصرية ، وليست هذه مصّاة .

فان اتفقا على قدره ، وإلا فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ لأنه غارم
والله أعلم بالصواب . ^(٢)

* * *

(١) معها : أثبتته من ب ، ج . ولا يوجد في أ ، د .

(٢) راجع في الفصل : الفتح ٣٣٦/٨ ، والروضة ٤٦٨/٣ ، والمغني

٦٤/٢ والنهية ٦٤/٤ ، والتكلمة ١٠٥/١٢ ، ذكر في المسألة
خمس طرق للأصحاب :

أحدها : امتناع الرد ، وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقاضي أبي
الطيب ومن وافقهما .

والثاني : جواز ردها ، ولكن لا يرده بدل اللبن شيئا . وهو المحكى
عن نثر الشافعي في القديم .

والثالث : أنه يردها ويرده معها صاعا من تمر . قاله صاحب التهذيب
والرابع : ما قاله الطائفة .

والخامس : تخريج ذلك على أن اللبن هل يأخذ قسطا من الثمن أم لا ؟
وهو مذهب الإمام الجويني .

[- باب الخراج بالضمان والرد بالعيب]

قال الشافعي رحمه الله^(١) : (أخبرني من لا أتهم ، عن ابن أبي ذئب^(٢) ، عن مخلد بن خُفّاف^(٣) ، أنه ابتاع غلاما فاستغله^(٤) ، ثم أصاب به عيبا ، فقاضى له عمر بن عبد العزيز^(٥) برده .

(١) ب ، د : رضي الله عنه .

(٢) هو أبو الحارث محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب ، القرشي ، العامري المدني ، ثقة فقيه فاضل ، من تابعي التابعين . توفي بالكوفة سنة ١٥٨ هـ ، أو ١٥٩ هـ وهو ابن ٧٩ سنة . انظر في ترجمته : طبقات الشيرازي ص ٦٧ ، وتهذيب الأسماء ٨٦/١ ، والتذكرة ١٩١/١ ، وتهذيب التهذيب ٣٠٣/٩ .

(٣) هو مخلد بن خُفّاف - بضم الخاء المعجمة وتخفيف الفاء - بن إيماء الخفاري . لأبيه وجدّه صحبة ، وثقه ابن وَضّاح ، وذكره ابن حبان في الثقات ، وقال البخاري : فيه نظر . راجع : الجرح ٣٤٧/٤ والكشاف ١٢٨/٣ ، وتهذيب التهذيب ٧٤/١٠ .

(٤) استغلّ عبده : أي كلّفه أن يُغِلّ عليه ، انظر : المختار ص ٤٨٠ .

(٥) هو الخليفة الراشد والامام العادل ، أبو حفص عمر بن عبد العزيز ابن مروان بن الحكم القرشي الأموي ، التابعي . وليّ الخلافة بعد سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ ، فعلا الأرض قسطا وعدلا ، وسنّ السنن الحسنة ، وأما الطرائق السيئة وردّ الظالم إلى أهلها . مات بدير سمعان - قرية من قرى حمص - سنة ١٠١ هـ وهو ابن ٣٩ سنة ، وكانت مدة خلافته سنتين وخمسة أشهر . انظر في ترجمته : طبقات الشيرازي ص ٦٤ ، وطبقات ابن سعد ٢٤٢/٥ ، وتاريخ الخلفاء للسيوطي ص ٢٢٨ ، وتهذيب الأسماء ١٧/٢ ، والتذكرة ١٨١/١ ، وخليّة الأُوليا ٢٥٣/٥ .

وغلّته (١) ، فأخبر عروة عن عائشة (٢) أنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
قضى في مثل هذا : " أنّ الخراج بالضمان " (٣) فردّ عمر قضاؤه ،
وقضى لمخلد بسن خفاف برّد الخراج (٤) .
قال الشافعي (٥) : فبهذا نأخذ (٦) ، فما حدث في يد (٧)

(١) الغلّة : الدخل الذي يحصل من الزرع والشر واللبن والإجارة
والنتاج ونحو ذلك . انظر : النهاية لابن الأثير ٣ / ٣٨١ .
(٢) ج : " فأخبر عن عروة عن عائشة رضي الله عنها " د : " فأخبر
عروة عن عائشة " .

(٣) أي : يملك المشتري الخراج الحاصل من الصيغ بضمان الأصل
الذي عليه : أي بسببه ، قالبا للسببية ، انظر : نيل الأوطار
٥ / ٢٤١ .

(٤) روى هذا الحديث مطّولا ومختصرا . أخرجه أبو داود ٣ / ٢٨٤ ،
والترمذي ٣ / ٥٨٢ ، وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي
٧ / ٢٢٣ ، وابن ماجّة ٢ / ٧٥٤ ، والشافعي في الرسالة ص ٤٤٨ ،
والدارقطني ٣ / ٥٣ ، وابن الجارود ص ٢١٢ ، والطحاوي في
شرح المعاني ٤ / ٢١ ، والبيهقي ٥ / ٣٢١ ، والحاكم ٢ / ١٥
وقال : صحيح الإسناد ولم يخرّجاه ووافقه الذهبي .

قلت : الحديث ورد من مختلف الطرق ولا يخلو طريق من مقال ،
ولكنه يتقوى بمجموعها . راجع بهذا الخصوص : مختصر المنذرى
مع المعالم ٥ / ١٦٠ ، وتكملة السبكي ١٢ / ١٩٧ ، ونيل الأوطار
٥ / ٢٤٠ وفيه : " وصحّحه الترمذي ، وابن حبان ، وابن الجارود
والحاكم وابن القطّان ، وضعّفه البخاري " .

(٥) ب : الشافعي رحمه الله .

(٦) ج : فبهذا الحديث أنا أخذ .

(٧) ب ، م : في ملك .

المشترى من غلّة ، ونتاج ماشية ، وولد أمة ، فكلّه في معنى الغلّة لا يرّد منها شيئاً ، ^(١) ^(*) ويرّد الذي ابتاعه وحده إن لم يكن ناقصاً عما أخذه . ^(٢)

وهذا كما قال . أمّا قوله : " أخبرني من لا أتهم " فقد قيل : إنه إبراهيم بن أبي يحيى ^(٣) . وقيل : هو من عرف ثقته ونسب اسمه . وقيل : بل هم جماعة لم يحبّ أن يخسر أحدهم بالذكر فكنتي عنهم . فإذا ابتاع رجل شيئاً فاستغلّه ^(٤) ، ثم وجده معيباً فأراد رّده . فإن كانت الغلّة منافع ، كالسكنى ^(٥) والاستخدام والركوب ، لم يمنع ذلك من الرّد بالعيب ، والمنافع له ^(٦) . وإن كانت الغلّة أعياناً كالنتاج والثمار ، فمذهبنا أنه يرّد الأصل بعينه ، ويمسك ما حدث في يده من النتاج والثمار لنفسه . ^(٧)

-
- (*) أ : " يرده " والتصويب من ب ج .
 (١) لا يرّد منها شيئاً . أثبتته من ب ، م وهو ساقط من باقي النسخ .
 (٢) انظر : مختصر المزني ١٨٦/٢ .
 (٣) هو أبو اسحاق إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الأسلمي الحنفي وقد ينسب إلى جدّه . متروك ، كان يرى القدر . كما اتّهم بالكذب والوضع . توفي سنة ١٨٤ هـ وقيل ١٩١ هـ ، انظر ترجمته في الجرح ١٢٥/١ ، وتهذيب الأسماء ١٠٣/١ ، وتهذيب التهذيب ١٥٨/١ ، والكاشف ٩٠/١ ، والتقريب ص ٢٣ .
 (٤) ب ، ج " فاستعمله " وهو تصحيف .
 (٥) ج : " منافع المساكين " وهو تصحيف .
 (٦) ذكر السبكي عدم الخلاف في ذلك . انظر تكملة ٢٠١/٢ .
 (٧) انظر : الإقناع ص ٥٤ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٣٢٩/٨ .
 أحمد ، والروضة ٤٩١/٣ ، والتكملة ٢٠١/١٢ ، والمغنى ٦١/٢ ،
 والنهاية ٦٢/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٧/٢ .

وقال أبو حنيفة ^(١) : لا يجوز له الرد ، لأجل ما حدث في يده من الشار ^(٢) ، ويرجع بالأرض .

وقال مالك ^(٣) : يرد الأصل / ويرد معه من النماء ما كان ١١٣/أ من جنسه كالنجاج ^(٤) ، ولا يرد ما ليس من جنسه كالشار .

واستدل أبو حنيفة ^(٥) على ذلك بأن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله ؛ لأنه يكون جبراً بخلاف الإقالة ^(٦) ، ولا يكون ^(٧) قطعاً للملك في الحال بدليل أنه لا تجب فيه الشفعة . ورفع العقد من أصله يوجب رد النماء . فلما أجمعنا على ^(٨) أنه لا يلزم رد النماء ، دل على أنه لا يجوز له ^(٩) الرد .

وقد جمعوا بين النماء المنفصل والنماء المتصل ، فقالوا : لأنه

(١) انظر في مذهبه : البدائع ٣٣٤٣/٢ وما بعدها ، والتبيين ٣٥/٤ ،

والهداية مع الفتح ٣٦٨/٦ ، وحاشية ابن عابدين ١٨/٥ .

(٢) ج : من النماء .

(٣) انظر في مذهبه : المنتقى للباجي ١٩٨/٤ ، وهداية المجتهد

١٥٢/٢ ، وشرح الحطاب مع المواق ٤٦٣/٤ ، والخرشي

١٥٠/٥ ورجحة الأئمة ص ١٤٠ .

(٤) كالنجاج : ساقط من ج .

(٥) قال الزيلعي في التبيين ٣٥/٤ مستدلاً لأبي حنيفة :

"إنها تمنع الرد ، لأنه لا وجه إلى الفسخ فيها مقصوداً ؛ لأن

العقد لم يرد عليها ، ولا تبعاً لانفصالها ، ولا إلى الفسخ

في الأصل وحده بدون الزيادة ؛ لأنه يؤدى إلى الربا ؛ لأن

المشتري إذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض .

(٦) ج "بخلاف العادة" وهو خطأ .

(٧) ج : "فلا يكون" ويأباه السياق .

(٨) على : أثبت من ب ، د . وليس في أ ، ج .

(٩) له : أثبت من ب ، ج . وليس في أ ، د .

نماء من نفس البيع (١) ، فلم يكن (٢) له ردّه دون النماء كالكبر (٣) والسمن .

قالوا : ولأنّ الولد قبل انفصاله بمنزلة أعضائها بدليل أنه يعتق بعقبتها ، فانفصاله عنها يمنع من (٤) الردّ كانفصال بعض أعضائها .

فأمّا مالك فاستدلّ على أنه يرّد النتاج ولا يرّد الشجرة بأن (٥) النتاج من أجزاء الأمّ ، فلم يجوز أن يردها إلّا بجميع (٦) أجزائها . وليست الشجرة من أجزاء النخلة (٧) ، فجاز أن يردها دون ثمرها . (٨)

والدلالة عليهما روى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قضى أنّ الخراج بالضمان . والخراج اسم لما خرج من الشيء من عين ومنفعة (٩) وهذا القول مع بقاء الشيء على ملك المشتري غير مفيد ؛ لأنّه معلوم بالاتفاق ، وإنما المقصود به منع الردّ (١٠) بالعيب .

ولأنّها فائدة حدثت في ملك المشتري ، فوجب أن لا تمنع (١١) من

- (١) أ : " البيع " والتصويب من باقي النسخ .
 (٢) د : " فلم يلزم " ولا يقبله السياق .
 (٣) كالكبر : أثبتته من ب ، ج ، وفي أ ، د " كاللبن " وهو تصحيف .
 (٤) من : ليس في د .
 (٥) ج : " فان " وهو تصحيف .
 (٦) ب ، ج : " إلّا بعض " وهو خطأ .
 (٧) د : " الغلّة " وهو تصحيف .
 (٨) ب : ثمرتها .
 (٩) راجع النهاية لابن الأثير ١٩/٢ ، والمصباح ص ١٦٦ ،
 ولسان العرب ٢٥٢/٢ .
 (١٠) أثبتته من ج . وفي باقي النسخ " منع الردّ " وهو تصحيف .
 (١١) أ : " أن تمنع " والتصويب من باقي النسخ .

الردّ بالعيب قياساً على كسب العبد .

ولأنّ الفسخ بالعيب قطع للعقد من حين الردّ ، وليس يرفع له من الأصل ^(١) ، لا مَرين :

أحدهما : أنّ الفسخ قد يكون بالإقالة كما يكون بالعيب ، ثم كان الفسخ بالإقالة قطعاً للعقد ^(٢) ولم يكن رفعاً له ، وجب أن يكون الفسخ بالعيب مثله .

والثاني : أنّ الفسخ بالعيب لو كان رفعاً للعقد من أصله لا يبطل حقّ الشفيع . فلما لم يبطل حقّ الشفيع بالردّ ^(٣) بالعيب ^(٤) ، دلّ على أنّ الردّ ^(٥) بالعيب قطع للعقد من حين الردّ ، وليس يرفع ^(٦) له من الأصل .

فإذا ثبت بهذين أنّ الفسخ لا يرفع العقد من أصله ، ثبت أنّ المشتري يملك النماء الحادث في ملكه ، ولا يمنعه ^(٧) ذلك من فسخ

(١) هذا هو المذهب الصحيح ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده . وفيه وجهان آخران . أحدهما : أنه إن وقع قبل القبض يرفعه من أصله ، لأنّ العقد ضعيف بعد ، فإذا فسخ كأنه لا عقد . والوجه الثاني : أنه يرفعه من أصله مطلقاً تخريجاً من القول بوجوب مهر المثل ، إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المسيس . راجع : الفتح ٣٧٥/٨ والروضة ٤٨٩/٣ ، وتكملة السبكي ٢٠٢/١٢ .

(٢) من د . وفي باقي النسخ " قطعاً للملك " .

(٣) ب ، ج : " بالفسخ " .

(٤) د : " بالبيع " خطأ .

(٥) ب ، ج : أنّ الفسخ .

(٦) من د ، وفي باقي النسخ : يرفع .

(٧) د : " ولا يتبعه " وهو تصحيف .

عقد كالا قالة . (١)

وأما الجواب عن قوله : " إنَّ الرَّدَّ بالعيب رافع للعقد ، بدليل أنَّ الشفعة لا تجب فيه " فهو أنه فاسد بالإقالة لا تجب بها (٢) الشفعة وليس برافع للعقد . (٣)

وأما قياسه على الطول (٤) والسمن فيقلب عليه ، فنقول : لأنه نما* من نفس (٥) السبيع ، فلم يمنع من الرَّدَّ بالعيب كالطول والسمن . ثمَّ يقال : المعنى في الطول والسمن اتصاله ، وفي النتاج / انفصاله . ١١٣ ب

وأما قوله : " إنَّ انفصال الولد كانفصال بعض الأعضاء " ، فالمعنى في انفصال بعض الأعضاء أنها عيب يوكس (٦) الثمن ، فنعت من الرَّدَّ بالعيب ، (وانفصال الولد ليس بعيب يوكس الثمن ، فلم ينسج من الرَّدَّ بالعيب) . (٧)

وأما مالك في استدلاله بأنَّ النتاج من أجزاء أصله (٨) بخلاف الثمرة ، فعكسه ألزم له (٩) ، لأنَّ النتاج منفصل والثمرة متصلة ، فلو جاز

(١) د : " عقد الاقالة " وهو خطأ .

(٢) د : فيها .

(٣) د : " للعيب " وهو خطأ .

(٤) ج : على الكبر .

(٥) د : من جنس .

(٦) السوكس : كالوعد النقصان ، لازم ومتعّد . انظر : القاموس ٢/٢٦٢ .

(٧) ما بين القوسين ساقط من د .

(٨) د : " أجزاء " مثله " وهو خطأ .

(٩) له : ساقط من ج ، د . وفي ب : لازم له .

ردّ أحدهما دون الآخر ، لكان ردّ (١) المتصل من الشارأولى من ردّ
المنفصل (٢) من النتائج . وهذا دليل على فساد تعليله ، ووها أصله .

- فصل -

فاذا ثبت أنّ جميع ما حدث في يد (٣) المشتري من النساء
المنفصل لا يلزمه ردّه (٤) ، فكان (٥) قد اشترى شاة حاملا ،
فوضعت عنده ، ثم وجد بها عيبا أراد (٦) ردّها به . فان كانت الولادة
قد نقصتها لم يكن له الردّ ، ورجع بالأش . وإن لم تنقصها الولادة
ردّها بالعيب .

فأمّا (٧) الولد ، فان قيل : إنّ الحمل يأخذ قسطا من
الشن (٨) ، ردّه (٩) معها ، لأنّ العقد قد كان تناولهما (١٠) .
وإن قيل : إنّ الحمل تبع ، ففيه وجهان :
أحدهما : يكون للمشتري لا يلزمه ردّه معها ، لأنّه بعد
الانفصال لا يكون تبعاً .

-
- (١) ردّ : ساقط من د .
(٢) من ب ، ج . وفي أ : " المتصل " وهو خطأ ، وفي د : " ردّ النتائج
المنفصل " .
(٣) ب ، ج : بيد .
(٤) ردّه : ساقط من د .
(٥) ب ، ج : " وكان " ويأباه السياق .
(٦) ب : " أراد " وهو تصحيف .
(٧) ج : وأمّا .
(٨) وهو الصحيح لدى الشافعية . انظر الفتح ٣٨١ / ٨ والروضة ٤٩٢ / ٣ .
(٩) ج : " فرده " وهو خطأ .
(١٠) د : " يتناولها " وهو خطأ .

والوجه الثاني : أنه ^(١) يردّه مع الائم ، لأنه ^(٢) من جعلتها حين كان العقد عليها . ألا ترى لو كان عليها صوفحين اشتراها ^(٣) ، فجزّء ، ثم ردها بعيب ، كان عليه ردّ ما جزّء ^(٤) من صوفها .

فان كان قد اشترى شاة حائلا ^(٥) فحملت عنده ، ثم وجد بها عيبا أراد أن يردّها به . فان كان الحمل موكسا في ثمنها ، أو مخوفا عليها في ولادتها ، لم يكن له الردّ ورجع بالاشراء . وإن لم يوكس في ثمنها ، ولم يكن مخوفا عليها ^(٦) في ولادتها ، ردها حاملا ^(٧) .

فاذا وضعت ولدها ، فان قيل : إنّ الحمل يكون تبعا ، كان الولد للبائع لا يرجع به على ^(٨) المشتري . وإن قيل : إنّ الحمل يأخذ قسطا من الثمن ، فعلى وجهين :

أحدهما : للبائع ^(٩) ، لا يرجع به ^(١٠) على ^(١١) المشتري

-
- (١) أنه : ليس في ب ، ج .
 (٢) لأنه : ساقط من د .
 (٣) حين اشتراها : ساقط من د .
 (٤) من ب ، ج . وفي أ ، د : " ما جزّء " .
 (٥) حالت الناقة تحول " حولا " بالضم ، و " حيلالا " بالكسر : ضربها الفحل فلم تحمل ، وهي " حائل " . انظر : المختار ص ٦٣ " حول " .
 (٦) عليها : أثبتتها من ج ، وليست في باقي النسخ .
 (٧) قال الرافعي في الفتح ٣٨٣/٨ : " وأطلق بعضهم القول بأنّ الحمل الحادث نقص . أمّا في الجوارى فلاّنه يؤثّر في الجمال والنشاط . وأمّا في البهائم فلاّنه ينقص لحم المأكول ويخلّ بالحمل عليها والركوب " .
 (٨) على : ساقط من ب .
 (٩) ج : أنّ البائع .
 (١٠) من ب ، ج . وفي أ ، د : " لأنه يرجع به " ويأباه السياق .
 (١١) على : أثبت من ج ، د . وليس في أ ، ب .

أيضا ، لاتصاله بالآتم عند الرد .

والوجه الثاني - وهو أقيس - : أنه للمشتري يرجع به ^(١) على
البائع ، لحدوثه في ملكه ، وتعيّره في حكمه .

وعلى هذا الوجه لو كان المشتري حبس الشاة المعيبة ^(٢) حتى
تضع حملها ، لم يمنع ذلك من الرد بالعيب ؛ لأنه حبسها لأخذ ملكه
منها . وعلى الوجه الأول يمنع ذلك من الرد بالعيب ؛ لأنه حبسها
ولا ملك له فيها . ^(٣)

" فرع "

ذكر المزي في مسائله المنشورة : " أن رجلا لو اشترى غنما بعشرة
أقساط من لبن (وصوف إلى أجل معلوم ، فلم يتقابضا حتى احتلب البائع
منها / عشرة أقساط من لبن) ^(٤) ، ثم ماتت الغنم ، أن البيع ١١٤/أ
يبطل ، ويسقط الثمن من ذمة المشتري ، ويأخذ من البائع ما احتلب من
اللبن . "

وهذا صحيح ؛ لأن تلف البيع قبل القبض يبطل البيع ويوجب
سقوط الثمن ، ولا يمنع من ملك النماء . ^(٥)

-
- (١) ج : أن للمشتري أن يرجع به .
(٢) ب : " البيعة " وهو تصحيف .
(٣) أنظر في الفصل : المهذب ٢٩٢/١ ، والفتح ٣٨١/٨ ، والروضة
٤٩٢/٣ والتكلمة ٢١٩/١٢ ، والمنهاج والغني ٦٢/٢ ،
والنهاية ٦٨/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٨/٢ .
(٤) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٥) ذكر السبكي في تكملة (٢١٥/١٢) هذا الفرع بكامله ثم قال :

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله (١) : (ولو كانت أمة ثيباً (٢) فوطئها ،
فالوط * أقل من الخدمة .) (٣)

و هذا كما قال . وط * المشتري للأمة الثيب لا يمنع من ردّها
بالعيب ، ولا مهر عليه (٤) . وهو قول زيد بن ثابت . (٥)

وقال أبو حنيفة (٦) : وطو * مانع من الرد بالعيب ويرجع بالارش .

== وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذي جزم به
العراقيون . وأما إذا قلنا : تلف البيع قبل القبض يرفع البيع
من أصله ، وأنّ الزوائد ترجع الى البائع ، فلا يأخذ المشتري
من البائع شيئاً . *

(١) رحمه الله : ليست في جـ . وفي بـ ، د : رضي الله عنه .

(٢) الثيب يستوى فيه الذكر والأنثى فيقال " رجل ثيب " وهو الذي

دخل بامرأة و " امرأة ثيب " وهي التي دخل بها . وإطلاقه

على المرأة أكثر . راجع : المختار ص ٨٩ ، والمصباح ص ٨٧ .

(٣) انظر : مختصر المزني ١٨٧/٢ .

(٤) انظر : المهذب ٢٩٢/١ والفتح ٣٧٦/٨ ، والروضة ٤٩٠/٣ ،

والتكملة ٢٢٣/١٢ قال : " وهو مذهبنا الذي نصّ عليه الشافعي

والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه " ، والمنهاج والمغني ٦٢/٢ ، والنهاية

٦٩/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٨/٢ .

(٥) وهو أيضاً الرواية المشهورة عن أحمد ، وبه قال عثمان البتي ، ومالك

والليث بن سعد ، وأبو ثور . انظر : تكملة السبكي ٢٢٢/١٢ ،

والمغني لابن قدامة ١١٠/٤ ، ومداية المجتهد ١٥٢/٢ .

(٦) انظر في مذهبه : البسوط ٩٥/١٣ ، والبداية ٣٣٣٨/٧ ، والدّر

المختار ٣٩/٥ .

وقد روى نحوه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه . (١)

وقال ابن أبي ليلى : يردها ويرد معها عقراها وهو المهر وروى نحوه عن عمر (٢) . قال : وعقراها إن كانت بكرا عشر قيمتها ، وإن كانت ثيبا نصف العشر . (٣)

واستدل من جعل الوط * مانعا من الرد (٤) بالعيب بأنه وط * يكمل به المهر ، فوجب أن يكون حدوثة من المشتري مانعا من الرد بالعيب قياسا على وط * البكر .

(١) وبه قال الثوري ، وأبو يوسف ، وإسحاق . وروى ذلك أيضا عن عمر ، وابن مسعود ، وابن سيرين ، والزهرى . كما أنه رواية عن أحمد . انظر : تكملة السبكي ٢٢٢/١٢ ، والمغنى لابن قدامة ١١١/٤ والبسوط ٩٥/١٣ .

(٢) وهو أيضا رواية عن أحمد ، وبه قال شريح القاضي ، ونسبه السرخسي الى زيد بن ثابت أيضا . انظر : المراجع السابقة .

(٣) قلت : ورد في المسألة أقوال أخرى أيضا . منها : أنه يردها ، ويرد معها مهر مثلها بالغا ما بلغ . وهو قول ابن شبرمة ، والحسن ابن حي ، وعبد الله بن الحسن . ومنها : أنه يردها ، ويرد معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول النخعي وقتادة ، وحكى عن شريح أيضا . ومنها : أنه يردها ، ويرد معها حكومة ، وهو قول الشعبي . ومنها : أنه لا يردها ولا يرجع بشي * . روى ذلك عن الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز . ومنها : أنه يردها ويرد معها عشر ثمنها . وهو قول سعيد بن المسيب . وحكى عنه أيضا : يردها معها عشرة دنانير . ولعل ذلك كان عشر ثمنها . انظر : تكملة السبكي ٢٢٢/١٢ ، والمغنى لابن قدامة ١١١/٤ .

(٤) د : " من الوطى " وهو خطأ .

قالوا : ولأنّ الوطء كالجنابة لأمرين . أحدهما : أنه لا يستباح بالإباحة . والثاني : أنه لا ينفك من وجوب مال ، أو وجوب حق في بدن يسقط بالشبهة ^(١) . وإذا ثبت بهذين ^(٢) أنه كالجنابة ، وجب أن يكون مانعا من الرد بالعيب كالجنابة .

والدلالة على أنه لا يمنع من الرد بالعيب أنّ الوطء أقلّ من الخدمة ، لأنّ الوطء ^(٣) يُلذّ ويُطرب ، والخدمة تُكدّ وتُتعب ^(٤) . فلما جاز له الرد ^(٥) مع ما كدّ وأتعب ، فأولى أن يجوز ^(٦) الرد مع ما أُلذّ وأُطرب .

وقد يتحرّر هذا الاستدلال قياسا ، فيقال : لأنه معني لم يؤثّر في العين والقيمة : فوجب أن لا يمنع من الرد كالخدمة .

ولأنّ وطء الأجنبي بالزنا كرها أغلظ من وطء المشتري بالملك طوعا ، فلما كان زنا الأجنبي بها لا يمنع من الرد بالعيب ، فوطء المشتري أخرى أن لا يمنع من الرد بالعيب .

وتحريره قياسا : ^(٧) أنه استمتاع لم يتضمّن إتلافا ، فوجب أن لا يمنع من الرد بالعيب ، قياسا على الأجنبي .

ولأنّها لو كانت ذات زوج لم يكن وطء الزوج مانعا للمشتري من الرد ، فوطء المشتري أولى أن لا يمنعه من الرد .

(١) ج : " يسقط به الشبهة " وهو خطأ .

(٢) من ب ، ج . وفي أ ، د : " بهذا " .

(٣) ج : تلذذ .

(٤) ب : والخدمة تكدر وتتعيب . ج : " والخدمة تلذذ بنقص " وهو تصحيف .

(٥) ج : فلما كان الرد .

(٦) ج : " أن لا يجوز " وهو خطأ .

(٧) قياسا : ليس في ب ، ج .

(وتحريره قياساً : أنه وط * لو كان حراماً لم يمنع من الرد ، فأولى إذا كان حلالاً أن لا يمنع من الرد) (١) ، كالزوج .

ولأن كل معنى لو حدث عند البائع بعد العقد وقبل القبض لم يثبت للمشتري الفسخ ، وجب إذا كان عند المشتري أن لا يمنعه من الرد / كالقابلة . وقد ثبت أنها لو وطئت في يد البائع بشبهة لم يكن ذلك عيباً (يستحق به المشتري الفسخ . فكذاك إذا وطئها المشتري لم يكن ذلك (٢) عيباً (٣) يمنعه من الرد .

وأما الجواب عن قياسهم على وط * البكر ، فالمعنى فيه أنه تنقص بوكس (٤) من ثمنها ، وليس كذلك الثيب .

وأما الجواب عن قولهم " إن الوط * كالجنابة " فغلط من وجهين :

أحدهما : أن الجنابة تنقص بوكس من القيمة (٥) ، وليس كذلك الوط * .

والثاني : أن الجنابة لما لم يختلف حكمها في وجودها من المشتري وغيره في المنع من الرد ، (٦) واختلف عندهم وط * المشتري وغيره في المنع من الرد (٦) ، دل على اختلاف حكمها . والله أعلم . (٧)

-
- (١) ما بين القوسين ساقط من ج ، وأثبت من باقي النسخ .
 (٢) ذلك : أثبت من ج ، وليس في باقي النسخ .
 (٣) ما بين القوسين ساقط من أ ، د . و أثبت من ب ، ج .
 (٤) ج : أنه توكمس .
 (٥) ب : بوكس القيمة . ج : تنقص بوكس القيمة " وهو خطأ .
 (٦) ما بين القوسين تكرر في د .
 (٧) ج : والله تعالى أعلم .

- مسائل -

قال الشافعي رحمه الله ^(١) : (وإن كانت بكرا ^(٢) ، فاقترضها ^(٣) ، لم يكن له أن يردها ناقصة ، كما لم يكن عليه أن يقبلها ناقصة ، ويرجع بها بين قيعتها معيبة وصحيحة من الثمن ^(٤)) .

وهذا كما قال . إذا كانت الجارية المبيعة ^(٥) بكرا فاقترضها المشتري ، وأذهب بكارتها ^(٦) ، ثم وجدها معيبة ، فأراد ردها ، لم يكن له ذلك ^(٧) ، لأن إذهاب البكارة نقص فيها من وجهين . أحدهما : في البدن . والثاني : في الثمن .

وإذا لم يكن له (الرد) ، كان له ^(٨) الرجوع إلى الأرض ^(٩) ، ليصل ^(١٠) إلى بدل ما ظهر عليه من النقص . واعتبار الأرض : أن تقوم

- (١) ب ، د : رضي الله عنه ، ج " الشافعي " فقط .
- (٢) ألبكر : خلاف الثيب رجلا كان أو امرأة ، وهو الذي لم يتزوج .
- والجمع : أبكار ، مثل حمل وأحمال . انظر : المصباح ص ٥٩ .
- (٣) اقترضها : أزال قرضها ، وهي البكارة ، انظر : المصباح ص ٥٠٧ .
- (٤) انظر : مختصر المزني ١٨٧/٢ - ١٨٨ .
- (٥) من ب وهي ساقطة من د . وفي أ ، ج : " المعيبة " .
- (٦) البكارة : بفتح الباء ، عذرة المرأة . انظر : المصباح ص ٥٩ .
- (٧) وه قال ابن سيرين ، والزهرى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وإسحاق وهو أصح الروايتين عن أحمد .
- وذهب فريق من العلماء إلى أنه يردها ويرد معها أرض البكارة .
- وه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ، ومالك وابن أبي ليلى ، وأبو ثور ، راجع : المغنى لابن قدامة ١١٢/٤ ، وتكملة السبكي ٢٢٨/١٢ .
- (٨) ما بين القوسين ساقط من د .
- (٩) ب ، ج : بالأرض .
- (١٠) ب ، ج : ليصير .

الجارية وهي لا عيب بها ، في أقلّ حالتها (١) قيمة (٢) ، من (٣) وقت العقد أو (٤) وقت القبض ؛ لأنه إن حدث بها بعد العقد وقبل القبض نقص كان مضمونا على البائع ، وإن حدثت (٥) زيادة كانت ملكا للمشتري . فلذلك وجب تقويمها في أقلّ الحالتين (٦) قيمة .

فاذا قيل : قيمتها في تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة دينار ، قومت بكرا وسها ذلك العيب . فاذا قيل : قيمتها تسعون دينارا ، كان ما بين القيمتين من النقص عشرة دنانير وهي عشر القيمة ، فيرجع المشتري على البائع بعشر الثمن ، ولا يرجع بعشر القيمة لأمرين :

أحدهما : أن الثمن ربما زاد على القيمة أو نقص . فلو كان الأرش معتبرا من القيمة ، لكان ربما استوعب الثمن إن كان ناقصا ، أو لم يؤثر فيه إن كان زائدا .

والثاني : أنه لما كان جميع المبيع في مقابلة جميع الثمن ، وجب أن تكون أجزاؤه ، الناقصة في مقابلة أجزاء الثمن .

واذا كان ذلك (٧) كذلك ، نُظر قدر الثمن . فان كان خمسين دينارا رجع المشتري بعشرها ، وذلك خمسة دنانير . وإن كان مائتي دينار رجع بعشرها ، وذلك عشرون دينارا . (٨)

(١) ب ، ج : حالتها .

(٢) ب : " فيه " وهو خطأ .

(٣) من : ليس في ج .

(٤) ب : الى .

(٥) د : " حدث " وهو خطأ .

(٦) ب : أقلّ الحالين ، ج : أول الحالين " وهو تصحيف .

(٧) ذلك : ليس في ب ، ج .

(٨) راجع في السألة : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٩٢/١ ، والفتح ٣٧٧/٨ ، والروضة ٤٩٠/٣ ، والتكملة ٢٢٧/١٢ ، والمفنى ٦٢/٢ ، والنهاية ٦٩/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٨/٢ .

- فصل -

فإذا ثبت أن^(١) اعتبار الأرض بما ذكرناه ، فكذلك في أرض

كل عيب .

فلو امتنع البائع من دفع الأرض وقال : أنا استردت الجارية

ثيبا ، كان له ذلك . وقيل للمشتري : لا أرض لك وأنت بالخيار بين الرد / ١/١١٥

أو الإمساك بالعيب ، لأننا منعنا من الرد على البائع لثلاً^(٢) يلحقه

نقص وأوجبنا^(٣) للمشتري الأرض ليستردك به الغبن^(٤) . فإذا

رضي البائع بقبول العيب بطل الأرض ووجب^(٥) الرد إن شاء المشتري .

لكن^(٦) لو استحق المشتري الرد ، فبذل البائع الأرض ، لم

يلزم المشتري قبوله ، وكان له الرد . ولو طلب المشتري الأرض لم يلزم

البائع بذله^(٧) ، وكان للمشتري الإمساك^(٨) أو الرد . ولو تراضيا جميعا

على دفع الأرض بدلا من الرد ، ففيه وجهان :^(٩)

(١) أن : ليس في ج .

(٢) ب : لأن لا .

(٣) د : " فأوجبنا " ولا يتحمله السياق .

(٤) ب ، ج : " العيب " وهو تصحيف .

(٥) أ : " فوجب " والمثبت من ب ، ج وهو لا وفق .

(٦) ب ، ج : ولكن .

(٧) انظر : الفتح ٣٤٩/٨ ، والتكلمة ١٦٧/١٢ وعن أحمد أن

للمشتري أخذ الأرض .

(٨) أي بجميع الثمن .

(٩) أنظر : الفتح ٣٤٩/٨ ونسب القول بالجواز إلى أبي حنيفة

ومالك وابن سريج ، قال : وأظهرهما : الصنع ، والروضة ٤٧٨/٣ .

أحدهما - وهو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله - : أنه لا يجوز ؛ لأن ما استحق ردّه ثبت ^(١) فيه الخيار ، فلم ^(٢) يجوز أن ينتقل عنه إلى ^(٣) الأرض ؛ لأنه إسقاط خيار بعوض ، كما لو أسقط خيار الثلاث ، وخيار الشفعة بعوض .

والوجه الثاني - وهو قول أبي العباس بن سريج - : أنه جائز ؛ لأن العيب قد يوجب تارة الرد ، وتارة الأرض . فلما جاز الرد مع استحقاق الأرض اقتضى أن يجوز الأرض مع استحقاق الرد ، ولا يشبه خيار الثلاث والشفعة ؛ لأنهما لا يرجعان إلى بدل ، وهذا يرجع إلى بدل .

فإذا قيل بجواز أخذ الأرض اعتبر على ما مضى . وإذا قيل : أخذ الأرض لا يجوز ، فهل يسقط به خيار المشتري ؟ على وجهين : ^(٤)

أحدهما : يسقط خياره ؛ لأن طلبه للأرض رضا منه بالعيب .

والثاني : لا يسقط خياره ؛ لأنه إنما أسكه عن الرد لما ظنّه من حصول الأرض . فإذا لم يحصل له الأرض كان على حقه من الرد .

-
- (١) من ب ، ج . وفي أ ، د : " وثبت " وهو خطأ .
- (٢) من ب ، ج . وفي أ ، د : " لم " وهو خطأ .
- (٣) د : " عند " وهو خطأ .
- (٤) والوجه الثاني هو الأصح لدى الشافعية ، قال السبكي : وهو المذهب . ومحل الوجهين ما إذا كان يظن المشتري صحة المصلحة ، أمّا إذا علم فسادها بطل حقه بلا خلاف . انظر : الفتح ٣٤٩/٨ والروضة ٤٧٨/٣ والتكملة ١٦٩/١٢ .

- فصل -

فأما (١) إذا اشترى عبداً قد سرق وهو غير عالم بسرقة حتى
قطع فيها يده (٢)، فقال (٣) أبو العباس بن سريج : له رده واسترجاع
ثمنه (٤) وهو قول أبي حنيفة (٥).

وقال أبو يوسف ومحمد : لا يردّه ويرجع بنقصان عيبه (٦).
وفي هذه السألة عندى نظر ، ولقول أبي يوسف وجه .

- (١) فأما : ليس في ج .
(٢) أ ، ب ، د : "في يده" ، ج : "فيه يده" وما أثبتته هو الصواب .
(٣) من ب . وفي باقي النسخ : قال .
(٤) هذا هو الوجه الأصح لدى جمهور الشافعية ، ومه قال أبو اسحاق
المروزي وابن الحداد . وفيه وجه آخر مثل قول أبي يوسف ومحمد ،
قاله ابن أبي هريرة ، وحكاه الأكترون عن ابن سريج واليه مال
الماوردي ههنا ، ونسبه السبكي إلى الامام أحمد أيضا . وعُلل
للوجه الاول بأنه قطع استند الى سبب سابق ، فصار كما لو قطع
بيد البائع . وعُلل للثاني بأن القطع وجد في يد المشتري وضمانه ،
فلم يردّ كما لو لم يستند إلى سبب سابق .
انظر : المهذب ١ / ٢٩١ ، والفتح ٨ / ٣٣٢ ، والروضة ٣ / ٤٦٥
والتكملة ١٢ / ١٣٢ ، والمنهاج مع المفني ٢ / ٥٢ .
(٥) انظر في مذهبه : الهداية مع الفتح ٦ / ٣٩٢ ، وحكى عنه في
الفتح رواية أخرى مفادها أنّ للمشتري الخيار : إمّا أن يسك
المعد المقطوع ويرجع بنصف الثمن ، وإمّا أن يردّه ويأخذ الثمن
كله ، والتبيين مع حاشية الشلبي ٤ / ٤٢ ، والفتاوى الهندية ٣ / ٨٠ .
(٦) وأرشه : أن يقوم عبداً وجب عليه القطع ، وعبداً لم يجب عليه القطع
ويرجع بأزاء النقصان من الثمن . راجع المراجع السابقة .

ولكن لو قطعت يده قوداً لم يكن له الرد اتفاقاً^(١)؛ لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه، والقطع في السرقة لا يصح العفو عنه.

- فصل -

وإذا اشترى رجل من رجل عصيراً حلوا، وكان معيباً، فلم يعلم المشتري بعيبه حتى صار خمرًا، فللمشتري أن يرجع بأرش عيبه، وليس له ردّ الخمر واسترجاع ثمنه، سواء رضي البائع بقبوله خمرًا أم لا، لتحريم المعاوضة على الخمر.

فلو صار الخمر خللاً، فقال البائع: أنا استرجع الخل وأردّ الثمن، ولا أرفع الأرض، كان له ذلك، لأنّ الخل هو^(٢) عين العصير، وليس فيه معنى^(*) يمنع من المعاوضة عليه^(٣)، ولا للمشتري فيه عمل^(٤) ١١٥/ب يمنع^(٥) من الردّ خوفاً من تفويت عمله عليه. وهذا من تفريع أبي العباس^(٦).

(١) قلت: ذكر الأصحاب فيه أيضاً وجهين كالسرقة، وهما روايتان عن الإمام أحمد. انظر: مراجع الشافعية السابقة، والمفنى لابن قدامة ١٢٩/٤.

(٢) هو: أثبت من ب، ج، وفي أ، د: هي.

(*) ب: يمنع.

(٣) عليه: أثبت من ب، وليس في سائر النسخ.

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج.

(٥) ب، ج: يمنع.

(٦) انظر في الفصل: الفتح ٣٩٣/٨، والروضة ٤٩٦/٣، وتكملة

السبكي ٢٤٨/١٢ وفيها: ويحتمل أن يكون ذلك على ما أخرجه

ابن سريج من وجوب الأرض إذا باع البيع أو وهبه. أمّا إذا

قلنا بالمذهب، وهو أنه لا يجب الأرض في ذلك لعدم اليأس

فالرجوع بالأرض في حالة كونه خمرًا ينبغي أن يستنع الآن،

لاحتتمال أن يعود خللاً.

- فصل -

وإذا اشترى نصراني من نصراني خمرًا ^(١)، ثم أسلمها، فوجد المشتري بالخمر عيباً ينقص العشر ^(٢) من ثمنه. قال أبو العباس: للمشتري أن يرجع على البائع بأرش عيبه، وهو عشر الثمن، ولا يبطل ذلك بإسلامها. وهو قول محمد بن الحسن. ^(٣)

فإن قال البائع: أنا أخذ الخمر وأردت الثمن، لم يكن ذلك له. فإن لم يرجع المشتري بنقصان العيب حتى صار الخمر خللاً في يد المشتري، فقال البائع: أنا أخذ الخل وأردت الثمن، كان ذلك له.

ولو كان المشتري وقف على عيب الخمر قبل إسلامها، فلم يردّه بالعيب حتى أسلمها، لم يكن للمشتري بعد إسلامه الردّ، ولا الرجوع بالأرش، أمّا الردّ فلحدوث الإسلام، وأما الأرش فلا مكان الردّ قبل الإسلام.

فلو كان قد أسلم البائع وحده بعد تباع الخمر لم يجز للمشتري ردّه عليه بالعيب. (ولو كان المشتري قد أسلم وحده جاز أن يردّه بالعيب) ^(٤) لأنّ استرجاع ^(٥) البائع تملك للخمر، والمسلم لا يجوز أن يملك الخمر. وردّ المشتري إزالة للملك، والمسلم يجوز أن يزيل تملكه عن الخمر. ^(٦)

(١) ج: "خمرًا من نصراني" بالتقديم والتأخير.

(٢) ج: عشرًا.

(٣) انظر قوله في الجامع الكبير ص ٢١٧.

(٤) ما بين القوسين ساقط من أ، د، وأثبتته من ب، ج.

(٥) ج: "لاسترجاع" وهو خطأ.

(٦) انظر في الفصل: الفتح ٣٩٣/٨، والروضة ٤٩٦/٣، وتكملة

- فصل -

وإذا اشترى شاة فذبحها ، ثم وجد بها بعد الذبح عيبا ،
فله الرجوع بأرشفها . فان رضي البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشتري ،
لا مكان الرد . ولا أجرة على البائع للذبح ، وإن ردت عليه ، لأن الذبح
أثر ، وهو نقص . (١)

ولو كان البيع ثوبا قد خاطه المشتري استحقق أرشفه بالعيب ،
وإن (٢) رضي البائع بقبوله (أن بذل الأجرة قبل أن يرجع به) (٣) مخطئا ؛
لأن في الخياطة عيبا قائما ، وأثرا زائدا . (٤)

ولكن لو كان البيع غزلا فنسجه المشتري ، ثم وجد به عيبا ، كان
له الرجوع بأرشفه . فان رضي البائع بقبوله منسوجا بعيبه ، ففيه قولان (٥)
حكاهما ابن سريج :

أحدهما : أن للمشتري الخيار : إن شاء رده منسوجا ولا أجرة
له على البائع ، وإن شاء أسكه معيبا ، لأن النساجة أثر لا عين .

والقول الثاني : أن البائع إن بذل أجرة النسج كان له استرجاع
الغزل منسوجا ، فان أبى لزمه الأرش ، لأن النساجة زيادة عمل فسي
مقابلة عوض .

(١) ذكره السبكي في تكملة ٢٤٧/١٢ نقلا عن الماوردي .

(٢) د : " فان " وكذا في التكملة .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب ، ج .

(٤) راجع تكملة السبكي ٢٤٧/١٢ - ٢٤٨ وذكره نقلا عن الماوردي

وفيها : " فان رضي البائع بقبوله أن بذل الأجرة فله أن
يرجع به مخطئا ، لأن في الخياطة عيبا زائدا " .

(٥) ذكرهما السبكي في تكملة (١٩٧/١٢) نقلا عن الماوردي ،

- فصل -

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ، وأخذ بالمائة ثوبا ، ثم وجد بالعبد عيبا ، فردّه به ، ^(١) كان له أن يرجع على البائع بالمائة ، ولا يرجع عليه بالشوب ، لأنّ الردّ بالعيب يوجب الرجوع بالثمن ، والثمن هو المائة دون الشوب . ^(٢)

ولكن لو بان ^(٣) العبد حرّا أو مضموبا / رجع بالشوب دون ١/١١٦ المائة ، لفساد العقد وطلان الثمن ، فكان ^(٤) له الرجوع بما دفع . ولو مات العبد في يد البائع قبل قبضه منه انفسخ البيع . قال أبو العباس : وللمشتري أن يرجع بالمائة دون الشوب ^(٥) ؛ لأنّ الفسخ بتلف البيع قبل القبض قطع للعقد ، وليس هو برافع له ^(٦) من أصله ، بخلاف الغصب . ^(٧)

ثم قال : (قال الروياني : وهذا - أي القول الثاني - أصحّ عندى ولا يجوز غيره . قال المحاملي : وفي هذا نظر ، وإنّ خيار البائع إنما يترتب على إمساك المشتري وطلب الأرض . فكيف يجعل قولنا ثانيا . بل يتحرّر الجواب في المسألة بأن نقول : المشتري بالخيار بين الردّ ولا أجر له ، وبين الإمساك وأخذ الأرض . فان اختار الإمساك ، كان للبائع دفع أجره النسيج والردّ . فان اختار ذلك أجبر المشتري ، وإن لم يختار أجبر البائع على دفع الأرض) .

- (١) به : ليس في ج .
 (٢) هذا هو مذهب جمهور الشافعية . وقال القاضي أبو الطيّب إنه يرجع بالشوب ؛ لأنّه إنما ملكه بالثمن . فاذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمّة المشتري فينفسخ بيع الثوب به . انظر الفتح ٣٩٢/٨ ، والروضة ٤٩٦/٣ ، والتكلمة ٣٠٨/١٢ ، أسنى المطالب ٧٧/٢ : بناء على أنّ الفسخ يرفع العقد من حينه ، ولأنّ الشوب ملوك بعقد آخر ، وحاشية الجمل ١٣٦/٢ .
 (٣) ج : " لو كان " د : " لو باع " وكلاهما تصحيف .
 (٤) ج : " وكان " ويأباه السياق .
 (٥) هذا على الصحيح . وفي وجه : يرجع بالشوب بناء على أنّ الفسخ رافع للعقد من أصله .
 (٦) ج : " هو له برافع " . (٧) ج : " العيب " وهو تصحيف .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله (١) : (ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجمارية (٢) عيباً ، فأراد أحدهما الرد والآخر إيساك ، فذلك لهما ، لأن موجوداً (٣) في شراء الاثنين أن كل واحد منهما مشتر للنصف بنصف الثمن . (٤))

وهذا صحيح . إذا اشترى رجلان سلعة من رجل في صفقة واحدة ، ثم وجدا بها عيباً ، فإن ردها معا كان ذلك لهما ، وإن أسكها معا كان ذلك لهما ، وإن أراد أحدهما رد حصته ، وأراد الآخر إيساك حصته جاز (٥) . وهو قول أبي يوسف ومحمد (٦) .

- (١) ب : " الشافعي " فقط . د : " الشافعي رضي الله عنه " .
 (٢) بجمارية : ليست في ج .
 (٣) وهكذا في ب ، د ، م . وفي ج : " لأنه موجود " وفي التكملة نقل نصّه من المختصر بلفظ : " لأن المعهود " .
 (٤) انظر : مختصر المزني ١٨٨/٢ - ٢٨٩ .
 (٥) وهو أصحّ قول الشافعي المنقول عن نصّه في كتبه الجديدة . ومعظم كتبه القديمة ، وبه جزم الشيرازي في التنبيه . راجع : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٩١/١ ، والفتح ٣٦٧/٨ ، والروضة ٤٨٧/٣ ، والتكملة ١٨٣/١٢ ، وفيها : " وبه قال أحمد ، ومالك في رواية ، وأبو يوسف ، ومحمد وابن أبي ليلى . وبه أخذ : " الصفقة تتعدّد بتعدّد المشتري " .
 (٦) انظر في مذهبهما : المبسوط ٥٠/١٣ ، والبدائع ٣٣٤١/٧ ، والهداية مع الفتح ٣٣١/٦ ، والتبيين ٢٢/٤ ، والدر المختار مع ردّ المحتار ٥٨٧/٤ .

وقال أبو حنيفة (١) رحمه الله (٢) : لا يجوز لأحدهما الردّ حتى يردّا معا ، أو يسكا معا (٣) . وقد رواه أبو ثور عن الشافعي (٤) احتجاجاً بأنّ الصبيح خرج عن يد بائعه صفقة ، فلم يجز تبعضها عليه برّد بعض الصفقة ، كالمشتري الواحد .

قال : ولأنّ المشتريين من الرجل الواحد يجري على ابتياعهما حكم العقد الواحد . ولا يجوز لأحدهما قبول العقد دون الآخر ، بدليل أنه بدل واحد تضمّنه (٥) ثمن واحد ، كما لو كان لمشتري واحد (٦) . والدلالة عليه من وجهين . أحدهما : جواز ردّ أحد المشتريين . والثاني : أنه في حكم العقد (٧) .

فأمّا الدليل على جواز ردّ أحد المشتريين فهو أنه ردّ بالعيب جميع ما لزمه ثمنه بالعقد ، فجاز له (٨) الردّ ، كالمشتري الواحد .

وأما الدليل على أنه في حكم العقد فهو أنه عقد اجتماع في أحد طرفيه عاقدان ، فوجب أن يكون في حكم العقد ، كالمشتري الواحد من بائعين .

-
- (١) المراجع السابقة .
 (٢) رحمه الله : ليس في ب ، ج ، د .
 (٣) أو يسكا معا : ساقط من د .
 (٤) انظر : مراجع الشافعية السابقة . ونقل السبكي في التكملة عن أبي داود بأنه مرجوع عنه .
 (٥) د : " يضمنه " وب : غير منقوط .
 (٦) ج : المشتري واحداً .
 (٧) د : " العقد " وهو خطأ .
 (٨) ج : فهو لما انفرد بالعيب جميع ما توجه ثمنه بالعقد كان له .

ولا نهما لو اشتريا شقما تجب فيه الشفعة لكان للشفيع أن يأخذ حصّة ^(١) أيهما شاء . ولو كان صفقة واحدة لم يجز .

وإن ^(٢) تصارفا من رجل ، فقبض أحدهما قبل الافتراق ، ولم يقبض الآخر ، جازت في حصّة من قبض ، وبطلت في حصّة من لم يقبض . ولو كانت صفقة واحدة لبطل ^(٣) جميعها . فدلّ على أنهما صفقتان . وكان ^(٤) لأحدهما القبول دون الآخر .

وأما الجواب عن قوله : " أن فيه تفريقا للصفقة على بائعه ^(٥) كالمشتري الواحد " . فهو ^(٦) أن البائع فرق ^(٧) صفقة نفسه بالبيع على اثنين ، ولم يفرقها بالبيع على واحد ^(٨) . على أن أباحنيفة ^(٩) يقول / ١١٦ ب في المشتري الواحد إذا وجد بأحد العبدین عيبا أن له ردّ المعيب منهما ^(١٠) دون السليم . وفيه تفريق لصفقة واحدة ، فأولى أن يقول بمثله في سالتنا .

وأما الجواب عن قوله : " إنه في حكم العقد الواحد ، لأنّ الثمن فيه واحد " . فهو أن الثمن إذا قابل جنسا واحدا كان الثمن مقسّطا ^(١١)

-
- (١) حصّة : أثبتها من ب ، ج . وهي ساقطة من أ ، د .
 (٢) ب ، ج : ولو . (*) أ ، د : " قبل الآخر " والتصويب من ب ، ج .
 (٣) أ ، د : " لبطلت " والمثبت من ب ، ج .
 (٤) ب ، ج : وجاز .
 (٥) ب : " لصفقة بائعه " د : " للصفقة بائعه " .
 (٦) فهو : أثبتته من ب ، ج ، وهو ساقط من أ ، د .
 (٧) فرق : ساقط من ج .
 (٨) على واحد : ليس في ج .
 (٩) أنظر : المبسوط ١٣ / ٧٥ والبداية ٢ / ٣٣٥١ ، والهداية مع الفتح ٣٨٢ / ٦ ، والتبيين ٤ / ٤١ ، والدّر المختار مع ردّ المحتار ٥ / ٣٨ .
 (١٠) د : " فيهما " وهو تصحيح .
 (١١) ج : " مسقطا " وهو خطأ .

على أجزائه ، فجرى عليه حكم التبعض وإن كان جملة ، وإذا قابل أعياناً مختلفة كان حكمه بخلافه . فلو كان لأنّ الثمن واحد يقتضي أن يكون في حكم العقد الواحد ، لوجب ^(١) إذا ابتاع رجلان عبيدين من رجل واحد بألف على أنّ كل واحد منهما مشترلاً أحد العبيدين - أن يصحّ ، كما لو اشتراها رجل واحد ، فلما بطل بالجهل ^(٢) بثمن كل واحد من العبيدين ، ولم يبطل إذا اشتراها رجل واحد ، دلّ على أنّ ابتياع الإثنين في حكم العقدين وإن كان بثمن واحد .

- فصل -

فإذا ثبت أنّ لأحد المشتريين ^(٣) الردّ ، فردّ أحدهما واسترجع ما دفع ، ففيه وجهان : ^(٤)

أصحهما : أنّ الشركة بين المشتريين قد بطلت بالردّ ، فيكون للمسك نصف العبد ، وللراتّ نصف الثمن .

(١) ج : " الواجب " وهو خطأ .

(٢) من ب ، ج ، وفي أ ، د : " في الجهل " وهو خطأ .

(٣) ج : لأحد الشريكين .

(٤) انظر : الفتح ٣٦٧/٨ ، والروضة ٤٨٧/٣ ، والتكملة ١٨٥/١٢ وقال السبكي بعد أن نقل الوجهين عن الماوردي : " والوجه الثاني بعيد جداً . وكيف يقال : إنّ نصف العبد الذي أسكه المسك يكون بينه وبين الراتّ ، والراتّ لم يبق على ملكه شيئاً ؟ وكيف يقال : إنّ نصف الثمن الذي استرجعه الراتّ يأخذ المسك نصفه ، وهو لم يرّ شيئاً ؟

ثم بعد أن ذكر تعليل الماوردي لهذا القول ، ردّ عليه قائلاً : " وهذا توجيه ضعيف ، لأنّ ذلك إنما يكون في المعيّن لا في المشاع ، فإن النصف المشاع مختصّ بالراتّ قطعاً " .

والوجه الثاني : أن الشركة بينهما على حالها ، لأنه لم يكن بينهما قسمة . فعلى هذا نصف العبد بينهما ، ونصف الثمن المسترجع بينهما .

- فصل - (١)

فأما إذا اشترى رجل عبداً من رجلين ، فوجد به عيباً ، كان له أن يرّد جميع العبد عليهما . وله أن يمسه ، ولا يرّد شيئاً منه على واحد منهما . وله أن يرّد نصفه على أحدهما ، ويمسك النصف الآخر ^(٢) . وهذا يوافق عليه أبو ^(٣) حنيفة ^(٤) .

- فصل -

ولو اشترى رجلان عبداً من رجلين ، فلكل واحد من الشريكين أن يرّد ربع العبد على كل واحد من الباعين ، لأن هذه الصفقة حكمها حكم العقود الأربعة ^(٥) .

- (١) هذا الفصل ساقط بكامله من د .
- (٢) انظر : الفتح ٣٦٦/٨ ، والروضة ٤٨٧/٣ ، والتكملة ١٨٧/١٢ وفيها : " قاله القاضي حسين وغيره ، فإن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعاً " .
- (٣) أ : " علة أبي " والمثبت من ب ، ج .
- (٤) انظر : التكملة ١٨٧/١٢ . قلت : وبه قال المالكية : الخرشي ١٤٩/٥ ، والحنابلة : المغني لابن قدامة ١٢٢/٤ وفيه : " ولا يحصل برّده تشقيص ، لأن السبيع كان مشقّصاً قبل البيع " وكشاف القناع ٢١٣/٣ وفيه : " لأن عقد الواحد مع اثنين عقدان فكأن كل واحد منهما باع نصيبه مفرداً " .
- (٥) انظر : التكملة ١٨٧/١٢ وفيها : قاله القاضي حسين وغيره .

وكذا لو اشترى ثلاثة أنفُس عبداً من ثلاثة أنفُس ، كان لكل واحد من الثلاثة أن يردّ تسع العبد على كل واحد من الباعة الثلاثة ؛ لأنّ هذه الصفقة حكمها حكم العقود التسعة . (١)

- فصل -

ولو أنّ رجلين وكلّ أحدهما صاحبه في ابتياع عبد بينه وبينه ، فابتاع الوكيل (٢) عبداً بينه وبين موكله صفقة واحدة ، ثم وجدا بسبه عيباً ، لم يكن لأحدهما الردّ دون الآخر ؛ لأنّ المشتري واحد ، والبائع واحد ، فكانت (٣) الصفقة في حكم العقد الواحد ، فلم يجز تبعضها . (٤)

- فصل -

ولو كان عبد بين رجلين ، فوكل أحدهما صاحبه في بيعه ، فباع الوكيل جميع العبد (٥) على رجل صفقة واحدة (٦) ، / نصفه ١١٧/أ

(١) انظر : الفتح ٢٦٩/٨ ، والروضة ٤٨٧/٣ ، والتكلمة ١٨٧/١٢ نقله عن الماوردي .

(٢) د : فابتاع الرجل .

(٣) ب : وكانت " وهو خطأ .

(٤) قلت : هذا مبني على الوجه القائل - وهو الأصحّ عند الأكثرين -

بأنّ الاعتبار في تعدّد الصفقة بالعاقد . وأمّا على قول أبي زيد

- وهو الأصحّ في الوجيز - بأنّ الاعتبار بالمعقود له ، فيجوز لكلّ

واحد منهما إفراد نصيبه بالردّ . وفرّق القائل بين علم البائع

وجبهله فقال : إن علم البائع أنه يشتري لهما جازلاً أحدهما

إفراد نصيبه بالردّ ، لرضى البائع بالتبعض . وإن جهل فلا ،

لأنّه لم يرض هنا بالتبعض . راجع : التكلمة ١٨٨/١٢ وما

بعدها .

(٥) ج : جميعه .

(٦) واحدة : أثبتها من ب ، وليست في باقي النسخ .

بحقّ الطك ، ونصفه بحقّ الوكالة . ثم إنّ المشتري وجد بالعبد عيبا ، ففيه وجهان : (١)

أحدهما : أنّ حكم هذه الصفقة حكم العقد الواحد ؛ لأنّ البائع فيها واحد والمشتري واحد ، فعلى هذا يكون المشتري بالخيار بين أن يردّ جميعه بالعيب ، أو يسك جميعه .

والوجه الثاني : أنّ هذه الصفقة في حكم العقدين ، وللمشتري أن يردّ إحدى الحمتين ؛ لأنّ كلّ واحد من البائعين قد كان له شريك في العبد ، فلا فرق بين أن يكون شريكه الذي باعه معه (٢) ، وبين أن يكون شريكه المشتري . وهذا مخالف لما ذكرناه من توكيل أحد المشتريين لصاحبه من هذا الوجه .

- فصل -

ولو أنّ رجلا اشترى نصف عبد في عقد ، ثم اشترى باقيه في عقد آخر ، ثم وجد به عيبا . فإن كان حدوث العيب بعد العقد الأوّل ، وقبل العقد الثاني ، فله أن يردّ الحصّة الثانية بالعيب دون الحصّة الأولى .

وإن كان متقدّما قبل العقد الأوّل ، فالمشتري مخير بين أن يردّ العبد كله بالعقدين (وبين أن يسكه كله بالعقدين) (٣) ، وبين أن

(١) قلت : وهما مبنيان على الاختلاف المتقدّم ، وهو هل تتعدّد

الصفقة بتعدّد العاقد ، أم بتعدّد المعقود له ؟ والأوّل أصحّ .

قال السبكي في تكملة ١٩٠/١٢ : " وحكى الماوردي الوجهين هنا مع قطعه بالمنع في التوكيل بالشراء ، وهو يقتضي طريقة بأنّ العبرة في جانب الشراء بالعاقد ، وفي جانب البيع وجهان " .

(٢) ب : " باع منه " وهو تصحيف د : " باع معه " .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

يردّ الحصة الأولى دون الثانية ، وبين أن يردّ الحصة الثانية دون الأولى (١) .

- فصل -

ولو أن رجلا ابتاع (٢) عبدا ، ثم مات وخلف ابنين (٣) ، فوجدا بالعبد عيبا ، فأسك أحدهما وأراد الآخر الردّ ، فالبايع بالخيار بين أن يسترجع نصفه بنصف الثمن ، وبين أن يعطى (٤) نصف الأرش ، ولا يجبر (٥) الذي يريد الردّ على إسقاط حقه (٦) .

- فصل -

ولو أن رجلا اشترى عبدا صفقة من رجل واحد ، ثم وجد به عيبا ، فأراد ردّ بعضه لم يجز (٧) ، لما فيه من تفريق الصفقة . وكان بالخيار بين أن يسكه كلّ أو يردّه كله .

- (١) انظر : الفتح ٢٦٩/٨ ، والروضة ٤٨٨/٣ ، وفيهما : " ولو علم بالعيب بعد العقد الأوّل ، ولم يمكنه الردّ فاشترى الباقي ، فليس له ردّ الباقي ، وله ردّ الأوّل عند الإمكان " ، والتكلمة ١٨٨/١٢ وفيها : " جازله ردّ أحد النصفين بالعيب دون الثاني بلا خلاف ، لتعدّد الصفقة " .
- (٢) ج : اشترى .
- (٣) ب : " اثنين " وهو خطأ .
- (٤) ب ، ج : بنصف الثمن أو يعطى .
- (٥) هكذا في أ ، ب ، د . وفي ج : " ولا يجبر " وفي التكلمة نقل نصه بلفظ : " ويخير " .

- (٦) انظر : الفتح ٣٦٦/٨ ، والروضة ٤٨٧/٣ ، وذكرنا فيه وجهين أصحهما - وهو قول ابن الحداد - أنه لا ينفرد أحدهما بالردّ ؛ لأنّ الصفقة وقعت متحدة . والثاني : ينفرد أحدهما برّد حصّته ؛ لأنّه ردّ جميع ما ملك . والحلية للرويانى ٧٤/ألف وجزم بالوجه الأوّل . والتكلمة ١٧٣/١٢ وقد حكى ثلاثة أوجه ، وجعل قول الماوردى وجها ثالثا .
- (٧) لا خلاف في أنّ المبيع إذا كان عينا واحدة في صفقة واحدة ،

ولو اشترى عديدين صفقة من رجل ، ثم وجد بأحدهما عيبا . فإن ردهما معا كان له ذلك . وإن أراد ردّ السليم دون المعيب لم يجز .^(١)
 وإن أراد ردّ المعيب دون السليم . فإن رضي به البائع جاز . وإن لم يرض به البائع ففيه قولان^(٢) من تفريق الصفقة :
أحدهما : يجوز إذا قيل^(٣) بجواز تفريق الصفقة . وهذا قول أبي حنيفة .^(٤)

- ====
- وبقي كله في ملك المشتري ، فلا يجوز له ردّ بعضه بدون رضي البائع . فإن رضي جاز على أصح الوجهين . وأما إذا زال بعض البيع عن ملكه ، فقد حكى الشيخ أبو علي في ردّ الباقي طريقين : أحدهما : أنه على قولين بناء على تفريق الصفقة . وأصحبهما : القطع بالمنع كما لو كان كله قائما في ملكه .
- انظر : المهذب ٢٩١/١ ، وقد جزم بالمنع ولم يتعرض للخلاف والفتح ٣٦٥/٨ ، والروضة ٤٧٦/٣ ، والتكلمة ١٢٠/١٢ .
- (١) وحكى المبكي عن ابن الرفعة : أنه لا خلاف فيه ، لأنه إنما يجوز تبعا وقد فقدت التبعية . انظر : التكلمة ١٢٦/١٢ .
- (٢) انظر : المهذب ٢٩١/١ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٢٤٢/٨ ، والتكلمة ١٧٣/١٢ ، والمنهاج والمغني ٦٠/٢ . قلت : وعن أحمد روايتان كالقولين : المغني لابن قدامة ١٢١/٤ . وقرئ مالك فقال : ينظر في المعيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء ردّ الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة ردّه بقيته انظر : بداية المجتهد ١٤٩/٢ .
- (٣) د : إذا قلنا .
- (٤) قلت : فصل الإمام أبو حنيفة فقال : إن وجد العيب قبل القبض ردهما ، وليس له ردّ المعيب خاصة . وإن وجد بعد القبض جاز له ردّ المعيب خاصة بحضته من الثمن . انظر : البسوط : ٧٥/١٣ ، والبداية ٣٣٤٩/٧ ، والتبيين ٤١/٤ ، والهداية مع الفتح ٣٨٦/٦ ، والدر المختار مع ردّ المحتار ٣٨/٥ .

والثاني - وهو أصحّ - : أنه لا يجوز إذا قيل : إنه لا يجوز

تفريق الصفقة .

ثم إذا قلنا بجوازه ، فاختلغا في حصّة المعيب المردود من الثمن - وكان السليم معدوما - ، ففيه قولان ^(١) :

أحدهما - وهو الصحيح المنصوص عليه في اختلاف العراقيين ^(٢) -

أنّ القول قول البائع ؛ لأنه قد ملك جميع الثمن بالعقد ، فلم يسترجع منه إلّا ما اعترف به .

والثاني - ذكره / في كتاب الصرف - ^(٣) : أنّ القول قول المشتري ١١٧/ب

لأنه غارم ، فأما التحالف فلا يجب ^(٥) في هذا الموضع ، لاتفاقهما على أصل العقد ^(٦) .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله ^(٧) : (ولو اشتراها جعّدة ، فوجدها سبّطة ، فله الردّ .) ^(٨)

-
- (١) انظر : الإبانة للغوراني ١١٧/ب ، والمهذّب ٣٠٢/١ ، والتكملة ١٧٨/١٢ : * الأظهر عند القاضي أبي الطيّب والرافعي والمصنف - أي الشيرازي - أنّ القول قول البائع مع يمينه * .
- (٢) انظر : الأمّ ٦٣/٣ ، ٩٠/٧٤ .
- (٣) انظر : كتاب الصرف من الأمّ ٣٠/٣ .
- (٤) ولأنّ البيع تلف في يده ، فأشبهه الفاسب مع المالك إذا اختلفا في القيمة كان القول قول الفاسب الذي حصل إهلاك في يده .
- التكملة ١٧٨/١٢ .
- (٥) ج : فلا يجوز .
- (٦) د : بزيادة : والله أعلم .
- (٧) ب ، د : رضي الله عنه .
- (٨) انظر : مختصر العزني ١٨٩/٢ .

وهذا كما قال . إذا اشترى جارية جعدة الشعر ^(١) ، فإن أنها
سبطة الشعر ^(٢) ، فلا يخلو من أحد أمرين : إما أن يرى شعرها عند
الابتياح أولاً براء . فإن رأى شعرها عند عقد البيع وكان جعداً ، صحّ
البيع . وإن بان الشعر سبطاً ^(٣) ، وأن ^(٤) تجعده كان مزوراً فهذا
عيب وله الخيار ، سواء شرط في البيع أنها جعدة أو لم يشترط ^(٥) ؛ لأن
روى عنها جعدة ^(٦) تغني عن اشتراطها أنها جعدة ^(٧) .
وقال أبو حنيفة ^(٨) : ليس هذا بعيب ولا خيار له ، سواء شرط

- (١) جَعَدَ : الشعر بضم العين وكسرهما جمودة : إذا كان فيه التواء
وتقبّض ، فهو " جَعْدٌ " وذلك خلاف المسترسل ، وامرأة جَعْدَةٌ ،
وقوم جَعْدٌ " وجَعَدْتُ الشعر تجعيدا . انظر : المصباح ص ١٠٢ .
- (٢) سِطٌّ : الشعر سَبَطًا من باب تعب ، فهو " سِطٌّ " بكسر الباء ،
وربما قيل " سَبَطٌ " بالفتح ، وصف بالمصدر ، إذا كان مسترسلاً .
وسَبَطٌ سُبوطة ، فهو سَبِطٌ ، مثل سَهْلٌ سُهولة فهو سَهْلٌ لغسة
فيه . انظر : المصباح ص ٢٦٣ .
- (٣) من ب ، ج ، وفي أ ، د : " بان أن الشعر سبطاً " وهو خطأ .
- (٤) في أ : " أو أن " والمثبت من باقي النسخ .
- (٥) هكذا في أ ، وفي باقي النسخ : أو لم يشترط .
- (٦) من ب ، ج . وفي أ ، د : " زيادة " وهو خطأ .
- (٧) انظر : المهذب ٢٩٠/١ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٣٣٧/٨
والروضة ٤٥٨/٣ ، ٤٦٩ ، والتكلمة ٩٦/١٢ وفيها : " إن
الأصحاب اتفقوا على ثبوت الخيار قياساً على المصرة " قلت : وبه
قال الحنابلة : المغني لابن قدامة ١٠٨/٤ .
- (٨) انظر : المغني لابن قدامة ١٠٨/٤ (ولم أجده في كتب
مذهبه) .

أو لم يشرط ؛ لأنّ عدم التجميع لا يسلب منفعة ، ولا ينقص قيمة .
وهذا خطأ ، بل ذلك ^(١) نقص ؛ لأنّ جمعة ^(٢) الشعر
دليل على قوّة الجسم ، وفقدّه دليل على ضعف الجسم . ولأنّه أحسن في
النظر ، وأزيد في الثمن . ^(٣)

فأما إن ابتاعها ولم ير شعرها ، ففي بطلان البيع وجهان : ^(٤)
أحدهما : أنه ^(٥) باطل ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، ^(٦)
لعدم الرويّة فيما ليس بعورة كسائر الجسد .

والوجه الثاني : أنه جائز ، وهو أصحّ ؛ لأنّ الشعر تبع ، فلم يكن
فقد رويته مبطلا للبيع .

فعلى هذا إن لم يشرط على البائع أنها جمعة الشعر فلا خيار
له ؛ لأنّ فقد الرويّة وعدم الشرط يمنعان من الردّ فيما ليس بنقص عن
حال السلامة ، وإن كان وجوده زيادة ، كما لو اشترى عبدا يظنّه ^(٧) كاتباً ،
فكان غير كاتب ، لم يكن له الردّ .

ولكن لو شرط ^(٨) أنها جمعة كان له الردّ ، لأنّ جل الشرط ،

(١) ب ، ج : بل فقدّه .

(٢) ب ، ج : تجميع .

(٣) د : في العين .

(٤) وأصحّها عند جمهور الشافعية هو الوجه الأول . انظر : الفتح

١٥٣/٨ ، والروضة ٣٧٢/٣ ، والتكملة ٩٦/١٢ .

(٥) أنه : أثبتّه من د ، وليس في باقي النسخ .

(٦) ب ، ج : قول ابن أبي هريرة .

(٧) من ج . وفي باقي النسخ : " ظنّه " وبأباه السياق .

(٨) ب : " ولو شرط " بدون لكن .

كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب ، فبان غير كاتب ، كان له الرد ، لأجل الشرط ، وإن كان لو لم يشرط أنه كاتب لم يستحق الرد .

- فصل -

ولو اشترى جارية على أنها سبطة ، فكانت جمعة ، ففي استحقاق الرد وجهان : (١)

أحدهما - وهو قول أبي العباس بن سريج - : ليس له الرد ، لأنّ تجعید الشعر زيادة ، واشتراط المشتري (٢) أن يكون سبطاً إنما هو لطلب الرخص ، أو لسوء الاختيار . (٣)

والوجه الثاني : أن له الرد لفقد الشرط ، واختلاف الأغراض . (٤)

(٥)

- فصل -

ولو اشترى جارية على أنها بكر ، فكانت ثيباً (فله الرد) (٦) .

- (١) والوجه الأول هو الأصح عند الأصحاب ، وهو جزم بعضهم . انظر : المهذب ٢٩٠/١ ، والفتح ٣٢٦/٨ ، والروضة ٤٥٨/٣ ، والتكملة ٩٩/١٢ وما بعدها . ونقل عن البحر للرويانى : " قال بعض أصحابنا بخراسان : يثبت الخيار وجهها واحداً لأجل التصريح وقيل : فيه وجهان : قال السبكي : " فحصل في كل من المسألتين (أى الاشتراط بالسبوة ، أو التدليس بها) طريقان . الصحيح فيهما إجراء الوجهين . وقيل : في مسألة الشرط يثبت قطعاً . وقيل : في مسألة التدليس لا يثبت قطعاً .
- (٢) د : " واشترط للمشتري " ج : " واشترط المشتري " وكلاهما خطأ .
- (٣) من ب ، ج . وفي أ ، د : " أو يسر الاختيار " وهو تصحيف .
- (٤) قالوا : ولأنه قد تكون السبوة أحب إليه وأحسن عنده . قال الشيرازى : وهذا لا يصح ، لأنه لا اعتبار به ، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والجمعة أكثر ثمناً من السبوة . انظر : المهذب ٢٩٠/١ .
- (٥) ب : بدون " فصل " .
- (٦) انظر : الفتح ٣٢٥/٨ ، والروضة ٤٥٨/٣ ، والتكملة ٣٣٣/١٢ .

ولو اشتراها يظنّها بكرا ، فكانت ^(١) ثيباً ^(٢) ، فليس له الردّ ، لأنّ الثيب سليمة ^(٣) ، والبكارة زيادة .

ولو اشتراها على أنّها ثيب ، فكانت بكرا ، ففي استحقاق الردّ وجهان ^(٤) ، أحدهما : لا يردّ لأنّ البكارة زيادة . والثاني : له الردّ ، لأجل الشرط واختلاف الأغراض ^(٥) .

أ/١١٨

ولكن لو اشترى جارية ، فكان ^(٦) شعرها أبيض ، كان له الردّ ، وإن لم يشترط سواد الشعر ، لأنّ بياض الشعر نقص . ولو اشتراها على أنّ شعرها أبيض ، فكان أسود ، كان في الردّ وجهان .

- فصل -

إذا اشترى أمة فكانت ^(٧) زانية ، أو بغيها بخر ^(٨) ، فهذا

- (١) ب : وكانت .
- (٢) ما بين القوسين ساقط من أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .
- (٣) ج : سليم .
- (٤) والوجه الأوّل هو الأصحّ عند الأصحاب . انظر : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٩٤/١ ، والفتح ٣٢٦/٨ ، والروضة ٤٥٨/٣ ، والتكملة ٣٣٣/١٢ .
- (٥) قالوا : ولأنّه قد يكون ضعيفا لا يطيق وطء البكر ، فكانت الثيب أحبّ اليه . قال الشيرازي : والمذهب الأوّل ، لأنّه لا اعتبار بما عنده ، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، والبكر أفضل من الثيب في الثمن . انظر : المهذب ٢٩٤/١ .
- (٦) ب ، ج : وكان .
- (٧) د : وكانت .
- (٨) البخر : بفتحتين ، نتن الغم ، وما به طرب ، فهو أبخر . انظر : المختار ص ٤٢ .

عيب^(١) ، وله فيها الردّ ، لأنّ الزنا يفسد النسب ، ويوجب الحدّ ،
وبخر الغم يمنع من الاستمتاع ، ويوكس الشمن .

ولو اشترى عبدا فكان زانيا ، أو في فمه بخر ، كان عيبا وله
الردّ . (٢)

وقال أبو حنيفة : (٣) الزنا وبخر الغم ليس بعيب في العبد وإن
كان عيبا في الأئمة ، لأنّ مقصود العبد^(٤) هو العمل ، والزنا والبخر
لا يؤثّران في عمله .

وهذا خطأ ، لأنّ ما كان عيبا في الأئمة كان عيبا في العبد
كالسرقة^(٥) . ولأنّ زنا العبد يوجب عليه الحدّ فربما أتلّفه ، وبخر
فيه يمنع من مقارنته ، ويؤذي عند مجالسته .

(١) ب : فهذان عيب . ج : فهذان عيبان .

(٢) انظر : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٢٢/٨ ،
والروضة ٤٥٩/٣ ، والتكملة ٣١٤/١٢ ، والمنهاج والمغني ٥٠/٢ .
قلت : وبه قال مالك : القوانين ص ٢٩٣ ، وأحمد : المغني
لابن قدامة ١١٦/٤ .

(٣) انظر : المبسوط ١٠٦/١٣ ، والبدائع ٣٣١٩/٧ وفيها : " وقال
بعض مشائخنا ببلخ : الزنا يكون عيبا في الغلام أيضا ، لأنه
لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم . وهذا ليس بسديد ؛
لأنّ الغلام الكبير لا يشتري للاستخدام في البيت ، بل للأعمال
الخارجة " والهداية مع الفتح ٢٦٠/٦ وذكر أن البخري ليس بعيب
في الغلام إلّا أن يكون من داء ، لأنه عيب ، وقال قاضيخان إلّا أن
يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس " والزنا ليس بعيب في الغلام
إلّا أن يكون عادة له ، لأنّ اتباعهن يخلّ بالخدمة " والتبيين ٣٢/٤ ،
والدر المختار مع رد المحتار ١١/٥ .

(٤) ج : لأنّ مقصوده .

(٥) كالسرقة : أثبتتها من ب ، ج . وليست في أ ، د .

ولكن لو اشترى عبداً أو أمة فكانت ولد زنا لم يكن ذلك عيباً يوجب الرد^(١)، لأن أكثر الرقيق أولاد زنا^(٢)، وليس لذلك تأثير في أثمانهم^(٣).

- فصل -

وإذا اشترى جارية فوجد بها تحسن الغناء، وتضرب بالعود^(٤) أو تنفخ بالمزمار^(٥)، لم يكن عيباً ولا رد له^(٦).
وقال مالك^(٧) : هذا عيب وله الرد، لأن ذلك يخلقها، ويدل على قلة صيانتها.

وهذا خطأ، لأن الغناء صنعة تزيد في ثمنها، والبتقى من الرقيق توفير الأثمان. فان كره ذلك منها أمكنه أن يكفها ويمنعها منه^(٨).

-
- (١) قلت : وعند الحنفية ذلك عيب في الجارية دون الغلام . انظر : مراجعهم السابقة .
- (٢) ب ، ج : زينة .
- (٣) انظر : الفتح ٣٢٩/٨ والروضة ٤٦٢/٣ .
- (٤) العود : ذوالاً وتاراً الأربعة الذي يضرب به . انظر : لسان العرب ٣١٩/٣ .
- (٥) ب ، ج : " في المزمار " قلت : المزمار : هو الآلة التي يزمر بها . وجمعه : مزامير . انظر : لسان العرب ٣٢٧/٤ (زمر) .
- (٦) انظر : السهذب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٢٩/٨ ، والروضة ٤٦٢/٣ ، والتكلمة ٣٢٢/١٢ وفيها : " هذا هو المشهور ونقل الهروي في الإشراف في المغنّية اختلاف الحموي وغيره من أصحابنا " قلت : وعند الحنابلة أيضاً الغناء ليس بعيب : المغني لابن قدامة ١١٧/٤ . وعند الحنفية هو عيب في الجارية التي تتخذ أم ولد . الفتاوى الهندية ٦٧/٣ .
- (٧) انظر : الخرشي ١٢٦/٥ ومنح الجليل ٦٣٢/٢ ، وحاشية الدسوقي ٩٧/٣ .
- (٨) ب : بزيادة : والله أعلم .

- فصل -

وإذا اشترى عبداً فبان أنه قد^(١) بيع في جنابة^(٢) جناها ،
لم تغل الجنابة التي بيع فيها من أن تكون عبداً أو خطأ .

فإن كانت خطأ لم تغل من أحد أمرين : إما أن تتكرر^(٣) منه
كثيراً^(٤) (أم لا ، فإن كانت تتكرر منه كثيراً)^(٤) ، فهذا عيب يوجب الرد ،
وإن كانت مرة واحدة لم تتكرر منه^(٥) ، فليس^(٦) بعيب ، ولا رد له ،
لأن النادر من جنابات الخطأ لا يخلو منه في الغالب أحد .

وإن كانت الجنابة عبداً ، فإن لم يكن العبد قد تاب منها ، فهذا
عيب وله الرد . وإن كان العبد قد تاب منها ، فهل يكون ذلك بعد توبته
عيباً يوجب الرد ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يوجب الرد ، لأن التوبة قد رفعت ذنبه .
والثاني : له الرد ، لأن التوبة ترفع الاسم ، ولا ترفع النقص^(٧) .

-
- (١) قد : ليس في ج .
(٢) الجنابة في الأصل عام في كل المعاصي ، ولكن في السنة الفقهاء
يراد بها القصاص في النفوس والأطراف . انظر : أنيس الفقهاء
ص ٢٩١ .
(٣) ج : " أن يندر " وهو خطأ .
(٤) ما بين القوسين ساقط من د .
(٥) منه : ليس في ج .
(٦) ج : فهذا ليس .
(٧) قلت : وكل هذا الكلام منق على القول بجواز بيع العبد الجاني
وفيه قولان . وفي موضع القولين ثلاث طرق لدى الشافعية . راجع
المهذب ٢٩٤/١ ، والتنبيه ص ٦٣ ، والفتح ٣٣/٨ ، والروضة
٤٦٢/٣ ، والتكملة ٣٤٤/١٢ وما بعدها .

- فصل -

وإذا اشترى عبدا فكان آبقا فله الرد . ولكن إن أبق من يد المشتري فلا مخاصة له مع البائع حتى يحضر العبد . سواء علم تقدّم إباقه أو لم يعلم . (١)

وقال مالك (٢) : له مخاصة البائع إذا علم تقدّم إباقه وإن لم

يحضر . وهذا / خطأ ، لأنّ حال الآبق يتردّد بين البقاء والتلف . ١١٨ ب/ فان كان باقيا استحقّ الردّ واسترجاع الثمن . وإن كان تالفا استحقّ أخذ الأرش . وما جهل استحقاقه لم تصحّ المطالبة به .

- فصل -

ولو (٣) اشترى عبدا فكان (٤) يبول إذا نام كان عيبا يوجب الردّ (٥) . فلولم يعلم بحاله حتى كبر العبد لم يكن له الردّ ،

(١) قلت : ونسبه السبكي إلى سفيان الثوري أيضا . ونقل عن المحاملي بأنه لا خلاف فيه بين أصحاب الشافعي . ثم نقل عن صاحب التتمة وجهان بأنّ له أخذ الأرش ولولم يحضر العبد . راجع المهدّب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٤٦/٨ ، والروضة ٤٧٦/٣ ، وذكر وجهين في أخذ الأرش ، والتكلمة ٢٩٠/١٢ وما بعدها .

(٢) انظر : الخرشي ١٤٥/٥ ، والتكلمة ٢٩٢/١٢ . قلت : وهو مذهب الحنابلة أيضا : المغني لابن قدامة ١٢٤/٤ .

(٣) ب : " وإن " د : " وإذا " .

(٤) ب : وكان .

(٥) قلت : البول في الفراش عيب في العبيد والإماء في الكبر . وأما في الصغر فلا . وقدّره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين ، ولم يضبطه أكثرهم ، بل تركوه على العرف . انظر : المهدّب ٢٩٣/١ ،

ورجع بالارش ، لأن علاجه بعد الكبر عسر ^(١) ، فصار كبره عنده كالعيب الحادث في يده . ^(٢)

ولو كان العبد غير مختون ^(٣) ، فإن كان العبد صغيرا فلا رد له ؛ لأن فقد الختانة ^(٤) في الصغر ليس ^(٥) نقصا ؛ لأنها غالب أحوال الصغار . ^(٦)
وإن كان العبد كبيرا كان عيبا يوجب الرد ، لأن فقد الختانة فيه نقص ، وعليه فيها خطر . ^(٧)

- فصل -

ولو اشترى عبدا فكان رطب الكلام ^(٨) ، أو غليظ الصوت ، أو

====
والفتح ٣٣٧/٨ ، والروضة ٤٦٠/٣ ، والتكلمة ٣٢١/١٢ ، والمغني ٥٠/٢ وفيه : " ومحل الرد إذا كان يبطل عند البائع وظهر أمره عند المشتري ، أما لو كان يبطل عند البائع ثم لم يبطل عند المشتري فلا رد له ؛ لأنه تبين أن العيب قد زال قبل البيع " .

(١) ج : عسير .

(٢) أنظر : التكلمة ٣٢١/١٢ ، والمغني ٥٠/٢ وفيه : " قاله الماوردي والرويانى " .

(٣) ج : " غير مجنون " وهو خطأ .

(٤) ج : الجنابة ، وهو خطأ .

(٥) ب ، ج : ليست .

(٦) ب : فإن .

(٧) ب : " فيها وكس " راجع في المسألة : المهذب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٢٩/٨ ، والروضة ٤٦٢/٣ ، والتكلمة ٣٢٢/١٢ وفيها : " وضبط الرويانى الصغر هنا بسبع سنين فما دونها . وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصا في العبد الكبير أيضا . وفيه وجه ثالث - حكاه الرويانى وقطع به المتولى - : إن كان الكبير من قوم لا يختنون فلا خيار . وحكى في الجارية وجهين " .

(٨) يقال رطب فلان بذكره : إذا تكلم بما عنده أو بما عن له من الصواب والخطأ . انظر : المعجم الوسيط ٣٥٢/١ .

ثَقِيل النفس ، أَوْ بَطِيء الحركة ، أَوْ كَثِير النِّهَم ^(١) ، أَوْ فَاسِد الرِّأْي ، أَوْ قَلِيل
الذُّب ، فَلَا رَدَّ لَهُ بِهَذَا كُلِّهِ ، لِسَلَامَةِ بَدَنِهِ وَصَحَّةِ جَسَدِهِ .
وَلَكِنْ لَوْ كَانَ بِهِ بَلَه ^(٢) ، أَوْ خَبَل ^(٣) ، أَوْ عَتَه ^(٤) ، ثَبَتَ ^(٥) ،
أَوْ كَانَ مَوْثَنًا ^(٦) ، أَوْ خَنْثَى ^(٧) ، مَشْكَلا ^(٨) ، أَوْ غَيْرَ مَشْكَلا ^(٩) ، أَوْ فِي
كَفِّهِ إِصْبَحَ ^(١٠) زَائِدَةً أَوْ نَاقِصَةً ، أَوْ بِهِ بَرَصٌ ^(١١) ، أَوْ حَقَى كَبِدٌ ،

-
- (١) التَّهَمُّ بفتح التين ، إفراط الشهوة في الطعام ، انظر المختار ص ٦٨٣ .
(٢) بَلَه بِلها : من باب تعب ، ضعف عقله ، فهو أبله ، والآنثى بِلها
انظر : المصباح ص ٦١ .
(٣) الْخَبَلُ : يسكون الباء ، الجنون وشبهه كاللهج والبله . وَالْخَبَلُ
بفتحها أيضا الجنون . انظر : المصباح ص ١٦٣ .
(٤) عَتَه عَتها : من باب تعب نقص عقله من غير جنون أو دَهَش ،
فهو معتوه . وفي التهذيب : المعتوه : المدهوش من غير مَن
أَوْ جَنُون . انظر : المصباح ص ٣٩٢ ، وتهذيب الأسماء ٥/٤
قلت في ب د : " أَوْ عَتَّة " .
(٥) ب : " أَوْ سَدَر " ج : " أَوْ سَرَد " وهما خطأ .
(٦) المَوْثَنُ : ذكر في خلق أنثى . انظر : لسان العرب ١١٢/٢
مادة " أنث " .
(٧) الْخَنْثَى : هو الذي خلق له فرج الرجل وفرج المرأة . فان اتضح
أمره من الذكورة أو الأنوثة بعلامة قطعية كالولادة أو ظنيّة
كالليل ، أم باخباره ، فهو الواضح ، وآلًا فهو المشكل . راجع
: المصباح ص ١٨٣ ، ومغني المحتاج ٢٠٣/٣ ، وتحفة المحتاج
٣٤٨/٧ .
(٨) أ ، د : " مَشْكَلا " والتصويب من ب ، ج .
(٩) غير مشكل : أثبتتها من ب ، ج ، وليست في أ ، د .
(١٠) من ب ، ج . وفي أ ، د : إصبعًا .
(١١) من ب ، ج . وفي أ ، د : مرض . وهو تصحيف .

أو نفخة طحال ، أو كان يشرب الخمر أو يقذف المحصنات ، أو يدع الصلوات ^(١) ،
أو كان أصم ، أو أخشم ^(٢) ، أو أخرس ، أو أرت ^(٣) لا يفهم ، أو في نفسه
من زائدة أو مقلوعة فكل هذه ^(٤) عيوب توجب الرد ، لأنها - وما أوجب
الحد - نقص في بدنه .

وكذلك لو اشترى عبدا فكان ذا زوجة ، أو أمة فكانت ذات
زوج ^(٥) ، كان له الرد ، لأن زوجة العبد تستحق من كسبه النفقة ،
وزوج الأمة يمنع من استمتاع المشتري بها ^(٦) .
وكذلك لو كانت الأمة في عدة ^(٧) ، أو محرمة ^(٨) ، كان له الرد .

-
- (١) وفي وجه ضعيف : لا رد بالشرب وترك الصلاة . انظر :
التكلمة ٣١٢/١٢ .
- (١) أخشم : هو الذي في أنفه داء لا يشم شيئا . انظر : المصباح
ص ١٧٠ . (أو أخشم : ليس في أ د . وأثبت من ب ج .)
- (٣) الأرت : يفتح الراء وتشديد التاء هو الذي في كلامه عجة ،
وقيل : هو الذي يدغم في غير موضع الإدغام . انظر : المصباح
ص ٢١٨ ، والمختار ص ٢٣٢ .
- (٤) ج : " فهذه كلها " .
- (٥) د : " ذا زوج " وهو خطأ .
- (٦) وإضافة إلى ذلك فالزوج يستحق تسليمها في بعض الأوقات ،
فيفوت على السيد منفعتها في ذلك الوقت . انظر : تكلمة السبكي
٣٢٥/١٢ .
- (٧) وقد فصل السبكي في المعتدة فقال : إن كان قد بقي من العدة
زمن يسير لا يكون عيبا ويكون ذلك بمنزلة ما إذا كان العيب
يسيرا يمكن البائع إزالته عن قرب ، وقد قالوا فيه : إنه لا خيار
للمشتري . وإن كان كثيرا المثل أجرة كيوم يثبت الخيار . انظر :
تكلمته ٣١٨/١٢ .
- (٨) فصل السبكي في الإحرام أيضا فقال : إن كان قد بقي زمن يسير

ولو كانت حائمة لم يكن له الرد^(١) ؛ لأنّ الخروج منها قريب .
 ولكن لو كانت أخته من الرضاع^(٢) لم يكن له الرد ، لأنها وإن
 حرمت عليه فقد تحلّ لغيره ، فخالفت المعتقد التي تحرم عليه وعلى
 غيره . ولو كانت أخته من النسب فلا ردّ له كاخته من الرضاع لما ذكرناه .
 ولو كانت من والدته أو مولودته عتقت^(*) (٣) ، ولا ردّ له ولا أرش ؛
 لأنّ العيب^(٤) هو النقص المختصّ بالمعقود عليه دون العاقد . وتحقق
 هذا المعنى^(٥) في العاقد ، فلم يكن عيباً .
 ولو اشترى عبداً فكان في ذمّته ديون عن معاملة فلا ردّ له . وقال
 العراقيون : له الردّ^(٦) . وليس بصحيح ؛ لأنّ ديونه في ذمّته لا يلزم
 أدائه ها إلاّ بعد عتقه^(٧) .

- ====
- كطواف ، أو حلق ، أو رمي في آخر الأيّام ، لا يكون له الخيار . ولا
 كان له الخيار إذا لم يمكن التحليل . أنظر : المرجع السابق .
 (١) وفي وجه ضعيف : له الردّ . انظر الفتح ٣٣٠/٨ ، والروضة
 ٤٦٢/٣ .
 (٢) ج : الرضاعة . (*) من ج . في أ ب د : " والديه أو مولوديه " .
 (٣) د : " عيب " وهو تصحيف .
 (٤) ج : " لأنّ الارش " وهو خطأ .
 (٥) ب ، ج : " وعق هذه المعنى " .
 (٦) قلت : لا يثبت له الخيار عند الشافعي وأحمد . وعند مالك يثبت .
 وقال أبو حنيفة : البيع باطل بناءً على أصله في تعلّق الدين برقبته .
 انظر رحمة الأئمة ص ١٤١ .
 (٧) انظر في تفريعات هذا الفصل : الفتح ٣٢٨/٨ ، والروضة ٤٦٠/٣ ،
 والتكملة ٣١٦/١٢ وما بعدها ، والمغني ٥٠/٢ ، والنهاية
 ٢٩/٤ ، وقلوبي مع المحلى ١٩٨/٢ .

- فصل -

وإذا اشترى عبداً أو داراً ^(١) / ، ثم علم أنّ البائع لها وكيل ، ^(٢) أ
أو أمين حاكم ، أو وصيّ ميت ، أو أب يلي على مال ابنه ، ففي الرد بهذه
الأسباب وجهان : ^(٣)

أحدهما : لا ردّ ، لجواز بيعهم ^(*) ، وصحة عقودهم .
والثاني : له الردّ لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك ^(٤) .

- مسألة -

قال الشافعي ^(٥) : (ولو كان باعها أو بعضها ، ثم علم بالعيب ،
لم يكن له أن يرجع على البائع بشي * ، ولا في ^(٦) قيمة العيب ، وإنما له ^(٧)
قيمة العيب إذا فأت ^(٨) بموت أو عتسق ، أو حدث بها عنده ^(٩)
عيب ^(١٠)) لا يرضى البائع أن يردّه به ^(١١) إليه ^(١٢) . ^(١٣)

(١) ب : ولو اشترى داراً أو عبداً .
(٢) ج : "وكيلاً" وهو خطأ .
(٣) أنظر : الفتح ٣٣٠/٨ ، والروضة ٤٦٢/٣ وفيها : "الاصحّ
أنه لا ردّ . " (*) من ب ج د . وفي أ : "تبرعهم" وهو تصحيف .
(٤) أي ضمان الدرك وتقدّم في ص ٤٦٥ * وفي ب : "استحقاق الردّ ،
والله أعلم" .

(٥) ب ، د : الشافعي رضى الله عنه .
(٦) ب ، ج ، م : ولا من .
(٧) ج : وإنما كان له .
(٨) من ج ، م . وفي أ : "تلفت" ب : "كانت" د : "تلف" .
(٩) بها عنده : أثبتته من م ، وليس في النسخ .
(١٠) عيب : ليس في ب ، ج .
(١١) م : أن يردّه به .
(١٢) إليه : ليس في ب ، د .
(١٣) أنظر : مختصر المزني ١٨٩/٢ .

وهذا كما قال . إذا باع المشتري السلعة وقد كان بها عيب متقدّم قبل الشراء - لم يخل حاله من أحد أمرين : إمّا أن يكون قد علم بالعيب قبل بيعها ، أو لم يعلم . فان علم بالعيب قبل بيعه فقد سقط حقّ المشتري من العيب سقوطاً مستقراً ، فلا ردّ له ولا أرش ، سواء عادت السلعة إليه أم لا ، لأنّ بيعها بعد علمه بعيبها رضاء منه به . (١)

وإن لم يعلم بالعيب قبل بيعه فقد ذهب عبيد الله بن الحسن وابن أبي ليلى (٢) إلى أنّ للمشتري الرجوع بالأرش على البائع ، ليستردك به نقص الظلامة .

وقال الشافعي وسائر الفقهاء (٣) : لا أرش في الحال ولا ردّ . لكن اختلف أصحابنا في العلة السانعة من استحقاق الأرش . فقال أبو اسحاق المروزي (٤) : العلة فيه أنّ المشتري قد استدرك ظلامة العيب بما حصل له من سلامة العوض .

- (١) وذكر أبو الخطاب عن أحمد في رجوع بائع المعيب بالأرش روايتين ، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب ، وجهله به . انظر : المغني لابن قدامة ١٢٠/٤ .
- (٢) نسبه إليهما السبكي في تكملة ٢٩٣/١٢ قال : "وهو الأصحّ عند المالكية ، والقول الثاني للشافعي ، وهو من ترجيح ابن سريج" . قلت : وبه قال الإمام أحمد كما في المغني لابن قدامة ١٢٠/٤ .
- (٣) قلت : هذا هو أشهر قول الشافعي ، وهو جزم كثيرون من أصحابه : تكملة السبكي ٢٩٣/١٢ ، وبه قال الحنفية : الهداية مع الفتح ٣٦٢/٦ ، والمالكية في المشهور عنهم : القوانين ص ٢٩٢ ، وهو رواية عن أحمد أيضاً . المغني لابن قدامة ١٢٠/٤ .
- (٤) وقاله ابن الحداد أيضاً . انظر : الفتح ٣٤٣/٨ ، والروضة ٤٧٣/٣ والتكملة ٢٩٢/١٢ ونسبه ابن الصبّاغ إلى غيرهما أيضاً .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : العلة فيه إمكان الرد بالرجوع إليه. (١) وكلا (٢) العلتين حجة على عبد الله بن الحسن (٣) وابن أبي ليلى .

فإذا ثبت أن لا أرض له (٤) ، نظري المشتري الثاني ، فإن وقف على العيب ورضى به فقد استقر سقوط الأرض والرد . وإن رده به كان للمشتري الأول حينئذ أن يرده به على العلتين معا ؛ لأنه لم يسلم له استدراك الظلامة بحصول العوض على تعليل أبي إسحاق ، وقد أمكنه الرد على تعليل أبي علي .

ولكن لو عادت السلعة إلى المشتري بمرث ، أو هبة ، أو ابتياع ، كان في استحقاق رده بالعيب وجهان (٥) من اختلاف العلتين :

أحدهما : لا رد له . وهو قول أبي إسحاق ، لاستدراك الظلامة بحصول العوض السليم .

والثاني : له الرد . وهو قول أبي علي ، لا مكان الرد برجوعها الي يده . (٦)

(١) وهو الأصح ، ونق عليه الشافعي في اختلاف العراقيين . انظر : المراجع السابقة .

(٢) في جميع النسخ " وكل " وهو خطأ .

(٣) ب ، ج : " عبد الله " . فقط .

(٤) له : أثبتته من ب ، ج . وليس في أ ، د .

(٥) انظر : الفتح ٣٤٢/٨ .

(٦) راجع - إضافة إلى المراجع السابقة - : المهذب ٢٩٣/١ ،

والتنبيه ص ٦٦ ، والمنهاج والمغني ٥٦/٢ ، والنهاية ٤٥/٤ ،

وشرح المحلى ٢٠٢/٢ .

- فصل -

فأما إذا باع بعض السلعة ^(١) ، ثم علم بعيبيها ، فما باعته
فلا أرش له ^(٢) فيه ، للعلتين الماضيتين . وأما الباقي فان قيل بجواز
تفريق الصفقة فله رد ما بقي واسترجاع ^(٣) حصته من الثمن ، والتوقف
عن البيع ^(٤) ، لينظر ما يؤول إليه حاله . / وإن ^(٥) قيل : إن ب/١١٩
تفريق الصفقة لا يجوز ، فلا حق له في رده ، لما فيه من تفريق الصفقة
على بائعه . وفي جواز الرجوع بأرشه وجهان : ^(٦)

أحدهما : له الأرش ، وهو ^(٧) مقتضى تعليل أبي اسحاق ، لأنه
ما استدرك ^(٨) ظلمته فيه .

والثاني : لا أرش له ، وهو مقتضى تعليل أبي علي ، لأن رد الكل
يرجع البيع ممكن .

فعلى هذا إن عاد إليه ما باعه رد الكل . وإن فات رد البيع
بالتلف رجع بأرش ما لم يبيع دون ما باع ، إلا أن يكون المشتري منه قد

-
- (١) د : نصف السلعة .
(٢) له : ساقط من د .
(٣) من ب ، ج . وفي أ ، د : باسترجاع .
(٤) ب : " البيع " وهو تصحيف .
(٥) في النسخ : " فان " وهو خطأ ، والصواب ما أثبتته .
(٦) قال السبكي : والأول أصح عند صاحب التهذيب . وظاهر نصّه
- أي الشافعي - في المختصر ، وكلام كثير من الأصحاب يشهد
للثاني . وهو الصحيح الذي صرح به كثيرون . قال : وفي وجه
ثالث : يرجع بجميع الأرش ، وهو ضعيف . انظر : تكملة

٠٣٠٥/١٢

- (٧) د : وهي .
(٨) د : لا يستدرك .

رجع عليه ^(١) بأرشه بعد تلفه ، فيستحق الرجوع بأرش الجميع.

وعلى الوجه الأول إذا حكم له بأرش ما بقي ، فردّ عليه المشتري منه ما باعه ^(٢) ، فصا ر الجميع في يده ، قيل له : قد سقط حقك من ردّ ما لم تبع ، لأنّك أخذت أرشه . وللبيع أن يمنعك من ردّ ما بيعت ؛ لأنّك تفرّق صفقته . ولك أن تأخذ أرشه إلّا أن يرضى البائع بتفريق صفقته فيقبله ^(٣) ، ومنعك من أرشه . فهذا الكلام في البيع إذا خرج عن ملك المشتري ببيع. ^(٤)

- فصل -

فأما إن وهبه ، ثم علم عيبه ، فقد اختلف قول الشافعي فسي
الهيئة هل يستحقّ عليها المكافأة ؟ ^(٥)

فأحد القولين : أنّ المكافأة عليها واجبة ، فعلى هذا لا أرش له على العلتين معا كالبيع ، لأنّه قد يستدرك ظلامته بالمكافأة ، ولأنّ ردّه ^{بالمورد} إليه ممكن ^(٦) .

-
- (١) ج : قد دفع إليه .
(٢) ب ، ج : ما ابتاعه .
(٣) ج : فيثبت له .
(٤) ج : ساقط من ج .
(٥) قال النووي في روضته ٣٨٥/٥ : " إن وهب الأعلى للأدنى فلا ثواب ، وفي عكسه قولان . أظهرهما عند الجمهور : لا ثواب .
والثاني : يجب الثواب . وأما إذا وهب لنظيره فالمذهب القطع بأن لا ثواب . وقيل : فيه القولان . وعن صاحب التقريب طرد القولين في هبة الأعلى للأدنى ، وهو شأن * وراجع أيضا :
المهذّب ٤٥٤/١ ، والمنهاج مع المغني ٤٠٤/٢ .
(٦) ج : " ولأن ردّ ماله ردّ إليه ممكن " وهو خطأ .

والقول الثاني : أنَّ المكافأة عليها غير واجبة . فعلى هذا في رجوعه بالأُرش وجهان : (١)

أحدهما - وهو مقتضى تعليل أبي اسحاق - : له الرجوع بالأُرش ؛ لأنه لم يستدرك ظلامته بالمعوض .

والوجه الثاني - وهو مقتضى تعليل أبي على - : لا رجوع له بالأُرش ؛ لأنَّ رده بالعود إليه ممكن .

فأما إن وقفه ، أو أعتقه ، فله الرجوع بالأُرش على الملتين معاً . (٢)
ولكن لو كاتبه ثم علم عيبه لم يستحق الأُرش (٣) على الملتين معاً لينظر ما يؤول (٤) إليه حال كتابته ؛ لأنه قد يستدرك ظلامته بمعوض الكتابة ، ولأنَّ رده بالمعجز عنها ممكن . ولو دبره ، أو أعتقه بصفة كان له رده ، لبقائه على ملكه وامكان رده . (٥)

-
- (١) انظر : المهذب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٤٣/٨ والروضة ٣٧٣/٣ ،
وتكملة السبكي ٣٠٢/١٢ .
- (٢) انظر : المهذب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٤٢/٨ ، والروضة ٤٧٢/٣ ،
وتكملة السبكي ٢٨٧/١٢ .
- (٣) وحكى السبكي في تكملة ٢٤١/١٢ في الكتابة أربع طرق . قال :
أصحها : أنها كالرهن ، فلا يفسخ في الحال ، ولا يجب الأُرش
على الأصح ، وهي طريقة الرافعي . والثاني : أنه لا يرجع بالأُرش
في الحال قطعا ، وهي طريقة الماوردي . والثالث : القطع
بوجوب الأُرش ، وهي طريقة صاحب التتمة . والرابع : أنه يفسخ
وهو ما أشعر به كلام القاضي حسين . وراجع أيضا : الفتح ٣٤٦/٨ ،
والروضة ٤٧٦/٣ .
- (٤) ب : في ما يؤول .
- (٥) انظر : تكملة السبكي ٢٤١/١٢ .

ولو كانت ^(١) أمة فأولدها ، رجع بأرشفها لغوات ردها ^(٢) .
فأما إن رهنه ، أو أجره ، فعلى وجهين : ^(٣)

أحدهما : لا أرض له ، وهو مقتضى تعليل أبي على لا مكان
الرد ، ويوقف لينظر ما يؤول إليه حاله .

والوجه الثاني - وهو مقتضى تعليل أبي اسحاق - : له الخيار
في أن يتعجل الأرض ، لأنه لم يستدرك ^(٤) ظلاته بالمعاوضة عليه ^(٥) .
ويسقط حقه في الرد ^(٦) من بعد ، أو يتوقف ^(٧) ، لينظر ما يؤول إليه
حاله ^(٨) .

- مسألة -

قال الشافعي / رحمه الله ^(٩) : (فان حدث عنده عيب ، ١٢٠/أ
كان له قيمة العيب الأول ، إلا أن يرضى ^(١٠) البائع أن يقبلها ناقصة ،

(١) ج ، د : " ولو كانت " وهو تصحيف .

(٢) انظر : الفتح ٣٤٢/٨ ، والروضة ٤٧٢/٣ ، والتكملة ٢٨٩/١٢ .

(٣) انظر : الفتح ٣٤٦/٨ ، والروضة ٤٧٦/٣ وفصلاً في الإيجار

فقالا : وإن أجره ولم نجوز بيع المستأجر فهو كالرهن . وإن
جوزناه فإن رضي البائع به مسلوب المنفعة مدة الإجارة ، رد عليه ،
والأ تعذر الرد . وفي الأرض وجهان .

(٤) د : لا يستدرك .

(٥) ج : " بالمعوض " ويدون " عليه " .

(٦) ج : من الرد .

(٧) ج : أو يوقف .

(٨) د : بزيادة " والله أعلم " .

(٩) ب ، د : " رضي الله عنه " ج : " الشافعي " فقط .

(١٠) ج : أن أرضي .

فيكون ذلك له ، إلا أن يشاء (١) المشتري حيسها (٢) ، فلا يرجع بشي . (٣)

وهذا كما قال . إذا اشترى سلعة ، فحدث عنده بها عيب ، ثم وجد بها عيبا متقدما لم يكن له ردها بالعيب المتقدم (٤) ، وكان له أن يرجع بأرشه ، إلا أن يرضى البائع أن يقبلها معيبة ، فله ذلك ، ولا يلزمه دفع الأرش ، إلا أن يرضى المشتري بعيبها ، فيسكها ولا يرجع بأرشها . (٥)

وقال أبو ثور (٦) - وحكاة عن الشافعي في القديم - : أن للمشتري أن يرد السلعة بالعيب المتقدم ، وعليه أن يرد معها أرش العيب الحادث .

وقال مالك (٧) : إن كان البائع دلس العيب على المشتري ،

-
- (١) ج ، م : إلا إن شاء .
 (٢) د : بعيبها .
 (٣) أنظر : مختصر المزني ١٩٠/٢ .
 (٤) قلت : وهو مذهب الحنفية أيضا . انظر : الهداية مع الفتح ٣٦٥/٦ ، والتبيين ٣٤/٤ ، ورواية عن أحمد ، ومه قال الثوري ، وابن شبرمة ، وابن سيرين ، والزهرى ، والشعبي : المغني لابن قدامة ١١٢/٤ .
 (٥) أنظر : المهذب ٢٩٢/١ والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٣٥٠/٨ ، والروضة ٤٨٠/٣ والتكلمة ٢٢٨/١٢ - ٢٣٦ .
 (٦) أنظر : التكلمة ٢٢٨/١٢ . قلت : وهو رواية ثانية عن أحمد ، ومه قال إسحاق ، والنخعي وحماد بن سليمان . انظر : المغني لابن قدامة ١١٣/٤ ونسبه إلى مالك أيضا .
 (٧) أنظر في مذهبه : المدونة ٣٠٠/٤ ، والقوانين ص ٢٩٢ ، وهداية المجتهد ١٥١/٢ ، والخرشي ١٤٢/٥ ، ومواهب الجليل مع المواق ٤٤٩/٤ .

كان للمشتري أن يردّها بذلك العيب ، ولا يلزمه أرش العيب الحادث . (١)
 (وان لم يكن البائع دلّس العيب على المشتري ، فللمشتري أن يردّه ، وعليه
 أرش العيب الحادث) (٢) . استدلالاً بأن لكل واحد منهما ظلامة
 يستحقّ استدراكها ، فللمشتري أن يستدرك ظلامة العيب المتقدّم بالردّ ،
 وللبائع أن يستدرك ظلامة العيب الحادث بالامتناع . فلمّا لم يمكن (٣)
 استدراك الظلامتين وجب تقديم المشتري بها على البائع ، لأثرين :

أحدهما : أنه لم يكن منه تدليس ، وقد كان من البائع تدليس .
والثاني : أنه استحدث ملكه بالمعاوضة على حال السلامة ،
 والبائع متقدّم الطك عن حال (٤) المعاوضة . ولأنه لمّا جاز في المصراة
 أن يردّ مع حدوث النقص فيها بالحلاب ، إذا ردّ معها الصاع الذي هو
 أرش النقص ، لم يكن حدوث العيب في يد المشتري مانعاً من الردّ بما
 تقدّم (٥) من العيب .

(١) وذلك بشرط أن يكون العيب الذي حدث عنده غير مفسد ، مثل
 الحثي ، والرمث ، وما أشبه ذلك . فأمّا إن كان مفسداً مثل القطع
 والعور والشلل ، والعمى ، وشبه ذلك فيكون المشتري مخيراً عند
 مالك بين أن يردّ العبد ويفرم بقدر ما أصابه عنده ، وبين
 أن يحبس العبد ، وأخذ من البائع أرش العيب ، إلّا أن يقول
 البائع : أنا أقبله بالعيب الحادث و أرّ الشئ كله ، فيكون
 ذلك له . انظر : المدوّنة ٣٠٠ / ٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من د .

(٣) د : " لم يكن " وهو خطأ .

(٤) د : على حال .

(٥) ج : " بما نقص " ويأباه السياق .

والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه : هو أنّ العيب الحادث في يد المشتري قد يكون تارة عن جناية منه ، وتارة عن حادث ^(١) نزل به . فلما ^(٢) لم يردّ المشتري مع العيب الحادث عن جنايته ، لم يردّ مع العيب الحادث بغير جنايته ^(٣) ، لحدوث النقص به ^(٤) فـ في الحالين ^(٥) . ولأنّه لما لم يلزمه أن يقبله معيبا لأجل الضرر الداخل عليه ، (لم يلزم البائع أن يسترجعه معيبا لأجل الضرر الداخل عليه) ^(٦) لأنّ لكل واحد منهما حقا في دفع الضرر عن نفسه .

وأما الجواب عن استدلالهم بتقديم المشتري لأجل أنّ البائع مدّلس وأنّ المشتري معاوض . فهو أنّ تدليس البائع لا يوجب عليه ضمان ما لم يدّلسه ، والعيب الحادث ليس من تدليسه ، فلم يكن من ضمانه . / ومعاوضة المشتري لا تدفع عنه ضمان ما نقص في يده ، ١٢٠ ب/ كما لا تدفع عنه ضمان ما نقص بجنايته .

وأما الجواب عن المصّرة ، فهو أنّ نقص التصريّة حدث لاستعلام العيب ، فلم يمنع من الردّ بالعيب ، وخالف ما سواه .

- فصل -

إذا اشترى جارية حائلا فحملت عنده ، ثم وجد بها عيبا متقدّما ،

-
- (١) ب ، ج : لحادث .
 (٢) ب : فاذا .
 (٣) ب ، ج : جناية منه .
 (٤) به : ساقط من ب .
 (٥) ج : الحالتين .
 (٦) ما بين القوسين ساقط من ج ، د .

فان كان حملها (١) نقصا (٢) موكسا في ثمنها (٣) ، لم يكن له ردّها ، ويرجع (٤) بأرش عيبها ، وإن لم يكن حملها نقصا (٥) فله ردّها بالميب وهل له حبسها حتى تضع حملها ؟ على قولين : (٦)

أحدهما : ليس له حبسها للوضع (٧) إذا قيل : إنّ الحمل تبع . فان حبسها منع من الردّ ولم يستحقّ الأرش .

والقول الثاني : له حبسها حتى تضع إذا قيل : إنّ الحمل يأخذ قسطا من الثمن (٨) ؛ لأنّ الحمل في ملكه فلا يلزمه إخراجها عنه .

ولو اشتراها حاملا فوضعت عنده ، ثم وجد بها عيبا متقدّما ، فان كانت الولادة قد نقصتها ، لم يكن له ردّها ، ورجع بأرش العيب ، وإن لم تنقصها الولادة ردّها (٩) . وفي

- (١) ج : " وان كان في حملها " وهو خطأ .
- (٢) نقصا : ليس في ج .
- (٣) ب : من ثمنها .
- (٤) ب ، ج : ورجع .
- (٥) قلت : وقد أطلق بعضهم بأنّ الحمل الحادث نقص ، لأنّه في الجارية يؤثّر في النشاط والجمال وفي البهيمية ينقص اللحم ، ويخلّ بالحمل عليها والركوب . انظر : الروضة ٤٩٢/٣ .
- (٦) انظر : الفتح ٣٨١/٨ ، والروضة ٤٩٢/٣ .
- (٧) د : حتى تضع .
- (٨) قلت : الحمل يأخذ قسطا من الثمن على الصحيح من المذهب . انظر : المرجعين السابقين .
- (٩) ج : " رجع بها " قال الرافعي : " وتكلموا في إفراد الجارية بالردّ وإن لم تنقص بالولادة من جهة أنه تفريق بين الأمّ والولد . فقال قائلون : لا يجوز الردّ ويتعيّن الأرش ، إلّا أن يكون الوقوف على العيب بعد بلوغ الولد سنا لا يحرم بعده التفريق . وقال آخرون : لا يحرم التفريق هنا ، للحاجة " انظر : الفتح ٣٨٠/٨ - ٣٨١ .

الولد قولان (١) من اختلاف قوليه في الحمل. (٢)

- فصل -

ولو اشتراها وهي صغيرة فأرضعتها أم البائع ، ثم وجد (٣) بها عيبا ، كان له ردها عليه ، وإن حرمت على البائع بالرضاع ؛ لأنّ تحریمها عليه بهذا الرضاع غير مؤثر في ثمنها في الأسواق. (٤)

- فصل -

ولو كان مشتري الجارية باعها على آخر ، ثم حدث بها (٥) عيب (٦) عند الثاني (٧) ، ووجد بها عيبا متقدما ، فطالب (٨) بائه فأخسذ منه الأرض ، لم يكن للبائع الثاني أن يرجع على البائع الأول بما دفع من الأرض ؛ لأنه قد كان له أن يقبله بالعيب الثاني ، ثم يناظر البائع الأول عليه ، فإما قبله (٩) بعيبه ، وإما رضي بدفع أرضه ، فصار اختيار

(١) أظهرهما : أنه يرده معها بناء على أنّ الحمل يأخذ قسطا من

الثن . انظر : المنهاج مع المغني ٦٢/٢ .

(٢) راجع في الفصل - إضافة إلى المراجع السابقة - المهذب ٢٩٢/١ ،

وتكملة السبكي ٢٠١/١٢ ، ٢١٥ ، وما بعدها ، وشرح المحلى ٢٠٨/٢

(٣) ب ، ج : فوجد .

(٤) انظر : أسنى المطالب : ٦٩/٢ ، والمغني ٥٩/٢ .

(٥) ب : فيها .

(٦) أ : عيبا . والتصويب من باقي النسخ .

(٧) ب ، ج : عند الثاني عيب .

(٨) من ب ، ج . وفي أ ، د : فطلب .

(٩) من ب ، ج . وفي أ ، د : قبله ، وهو خطأ .

البائع الثاني لدفع الأرض رضا باسقاط حقه مع الأول . ولكن لو كان المشتري الثاني أعتقه ، ثم رجع على بائعه الثاني بأرض عيبه ، كان للبائع الثاني أن يرجع على البائع الأول بما غرم من أرضه ؛ لأن عتقه يمنع من قبوله معيبا . (١)

- مسألة -

قال الشافعي (٢) : (ولو اختلفا في العيب - ومثله يحدث - فالقول قول البائع مع يمينه على البت (٣) : لقد باعه بريئا من هذا العيب ، قال المزني : ينبغي في أصل قوله أن يحلفه بالله (٤) لقد أقبضه (٥) إيّاه وما به هذا العيب ، من قبل أنه يضمن ما حدث عنده قبل دفعه إلى المشتري ويجعل للمشتري رده بما حدث عند البائع) إلى آخر الفصل من (٦) كلامه . (٧)

(١) انظر : أسنى المطالب ٦٥/٢ ، والمغني ٥٦/٢ ، والنهاية

٤٦/٤ ، وحاشية قليوبي ٢٠٢/٢ .

(٢) ب ، د : " الشافعي رضي الله عنه " ج : " الشافعي رحمه الله " .

(٣) بتّ شهادته وأبّتها : جزم بها . انظر : المصباح ص ٣٥ .

(٤) بالله : ليس في م .

(٥) ج : أقبضه .

(٦) أ ، د : " في " والمثبت من ب ، ج .

(٧) انظر : مختصر المزني ١٩٠/٢ . وتماه : (ولو لم يحلفه

إلا على أنه باعه بريئا من هذا العيب أمكن أن يكون صادقا وقد حدث العيب عنده قبل الدفع . فنكون قد ظلمنا المشتري ؛ لأن له الرد بما حدث بعد البيع في يد البائع . فهذا يبين لك ما وصفنا أنه لازم في أصله على ما وصفنا من مذهبه .

وجملة اختلاف البائع والمشتري في العيب إذا ادّعى المشتري تقدّمه

ليستحقّ به ^(١) الفسخ ^(٢) ، / وادّعى البائع حدوثه لينعنه الفسخ ، ١٢١/أ
أنه لا يخلو حال العيب من ثلاثة أقسام : أحدها : ما علم تقدّمه . والثاني :
ما علم حدوثه . والثالث : ما استوى فيه الأمران .

فأمّا ما علم ^(٣) تقدّمه فمثل الإصبع الزائدة التي لا يمكن
حدوثها ^(٤) أو شين جراحة عتيقة يستحيل في المدة القصيرة حدوث
مثلها ، فالقول في هذا وما يجري ^(٥) مجراه قول المشتري بلا يمين ،
لعلنا بصدقه وكذب ^(٦) البائع .

وأما ما علم حدوثه فمثل جراحة طرية تسيل دما يستحيل مع
المدة الطويلة أن يتقدّمها ، فالقول في هذا وما جرى مجراه من ادّعاء
العمى والعمور ، مع اعتراف المشتري بالروية ، قول البائع بلا يمين ، ولا
ردّ للمشتري ، لعلنا بصدق البائع ، وكذب ^(٦) المشتري .

وأما ما أمكن حدوثه وتقدّمه كالخرق في الثوب ، والكسر فسي
الإلانة ، والجراح ، وسائر العيوب التي يمكن حدوثها وتقدّمها ، فالقول
فيها قول البائع مع يمينه ، للمعنيين :

(١) من ب ، ج . وفي أ ، د : " استحق به " وهو تصحيف .

(٢) د : " الفتح " وهو تصحيف .

(٣) من ب . وفي باقي النسخ : ما يعلم .

(٤) د : " حدوثه " وهو خطأ .

(٥) ب ، ج : وما جرى .

(٦) ج : " وكذا " في الموضعين ، وهو خطأ .

أحدهما : أنَّ حدوث العيب ^(١) يقين ، وتقديره شك ، والحكم باليقين أولى من الحكم بالشك .

والثاني : أنَّ دعوى المشتري يقتضي الفسخ ، ودعوى البائع يقتضي الإمضاء ، ولزوم العقد من قبل يعاضد ^(٢) قول من ادعى الإمضاء دون الفسخ . ^(٣)

- فصل -

فإذا ثبت أنَّ القول قول البائع مع يمينه ، فيمينه على البت ، لا على نفي العلم . ^(٤)

وقال ابن أبي ليلى ^(٥) : اليمين في جميع العيوب على العلم دون البت . ^(٦) وهذا خطأ من وجهين .

- (١) ب : " حدوث البائع " وهو خطأ .
- (٢) د : تعاضد .
- (٣) انظر في الفصل : المهذب ٣٠٢/١ ، والتنبيه ص ٢٦٧ ، والفتح ٣٧٠/٨ ، والروضة ٤٨٨/٣ ، والمنهاج والمغني ٦١/٢ ، والنهاية ٦٤/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٧/٢ .
- (٤) انظر : الفتح ٣٧٣/٨ ، والمغني ٦١/٢ ، والنهاية ٩٤/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٧/٢ ، قلت : وبه قال الحنفية ، والحنابلة : المغني لابن قدامة ١٢٥/٤ .
- (٥) نسبه إليه الفوراني في الإبانة ١٢٣/ألف .
- (٦) وهو قول للمالكية والقول المشهور عنهم : أنه يحلف على البت في الظاهر من العيوب ، وعلى نفي العلم في الخفي . انظر : القوانين ص ٢٩١ .

أحدهما : أن تقدّم العيب بوجوب خيار المشتري وإن لم يعلم به البائع ، فلم يجر أن يكون يمين البائع على العلم ؛ لأنه قد يصدق فيها ، ولا يمنع حق المشتري بها .

والثاني : أن العيب نقص جزئ يدعى البائع إقباضه ، واليمين في القبض على البت ، لا على العلم .

- فصل -

فإذا ثبت أن يمين البائع على البت ، فصورة (١) يمينه تبني على مقدّمة ، وهي أن من ادّعى (٢) عليه دعوى فأنكرها ، لم يخل حال إنكاره من أمرين : إمّا أن يقابل لفظ الدعوى في الإنكار بمثله ، أو يكون نفيًا للحق من غير أن يقابل في الإنكار بمثل اللفظ . (فان كان إنكاره نفيًا للحق من غير مقابلة بمثل اللفظ) (٣) فصفته أن يدعى عليه غصب بعد فيكون جوابه في الإنكار أن يقول : ليس له قبلي حق . فهذا جواب كاف . فعلى هذا تكون يمين (٤) المنكر لهذه الدعوى مثل إنكاره لا مثل دعوى المدعى ، فيقول : والله ما له قبلي حق . ولا يلزمه أن يحلف : والله ما غصبته العبد ؛ لأنه قد يجوز أن يكون غصبه ثم رده ، وابتاعه ، فيأثم / إن حلف ، وهو برىء من الدعوى . (٥)

ب/١٢١

(١) ب ، ج : فصفة .

(٢) ج : من ادّعى .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٤) يمين : ساقطة من د .

(٥) انظر : المهدّب ٣٢٤/١ ، والتنبيه ص ٦١ ، والروضة ٢١/١٢ - ٢٢

والمنهاج مع المغنى ٤٦٩/٤ ، والنهاية ٣٤٨/٨ .

(*) أ : " كافي " والتصويب من ب ج د .

وإن كان إنكاره مقابلاً للفظ الدعوى ، فصفته أن يدعى عليه
غضب عبد ، فيكون جوابه في الإنكار ^(١) : ما غضبت هذا العبد .
فعلى هذا في يمينه لأصحابنا وجهان : ^(٢)
أحدهما : يحلف بالله ماله قبل ^(٣) حق ، لما ذكرناه من
التعليل .

والوجه الثاني : يحلف بالله ما غضبت العبد ؛ لأنه لا ينكسر
الدعوى بمثل لفظها إلا وهو يعلم من نفسه ما إن ^(٤) حلف عليه لم يحدث
في يمينه .

فاذا وضحت هذه المقدمة ^(٦) لم يخل جواب البائع فيما ادّعاء
من حدوث العيب من أن يكون نفياً لاستحقاق الرد ، (أو يكون مقابلاً
لدعوى المشتري بمثل ذلك اللفظ . فان كان البائع نفى استحقاق الرد)
مثل أن يقول : لا يستحقّ على ردّ هذه السلعة بهذا العيب ، فيجب ^(٨)
أن تكون يمينه مطابقة لجوابه ، فيقول : والله ما يستحقّ على ردّ

-
- (١) ب ، ج : فيكون في جوابه في الإنكار أن يقول .
(٢) المراجع السابقة . قال في الروضة عن الوجه الثاني بأنه الأصح ،
وهو المنصوص .
(٣) د : ماله في قبلي .
(٤) ج : " ما لو " د : " إن ما " .
(٥) ج : " لم يحب " وهو تصحيف .
(٦) من ب ، ج ، وفي أ ، د : هذه المسألة .
(٧) ما بين القوسين ساقط من د .
(٨) أ ، د : فيجوز . والتصويب من ب ، ج .

هذه السلعة بهذا العيب. (١)

وإن كان البائع قابل دعوى المشتري بحثل لفظه مثل أن يقول :
لقد بعثتك هذه السلعة ، وليس بها هذا العيب ففي يمينه وجهان : (٢)

أحدهما : أنه يحلف مثل يمينه الأولى فيقول : والله ما يستحقّ
علي ردّ هذه السلعة بهذا العيب ، لجواز أن يكون العيب متقدّماً لكن
علم به المشتري (٣) ، أو تصرف فيه بعد علمه ، فلا يكون له ردّه .

والوجه الثاني : أن يمينه تكون مطابقة لقوله فيحلف بالله
لقد باعه هذه السلعة وما بها هذا العيب ، لأن جوابه بهذا التصريح
ينفي عنه ما ذكرناه من الاحتمال .

- فصل -

فأما المزني فانه قال : يجب أن تكون يمين البائع بالله لقد أقبضه
بريثاً من هذا العيب ، ولا يحلف : لقد باعه بريثاً من هذا العيب .
قال : لأنّ العيب (٤) الحادّ بعد البيع وقبل القبض مضمون على البائع ،
ويستحقّ به المشتري الفسخ ، فلا يؤمّن أن يكون ذلك العيب قد حدث

(١) انظر : الفتح ٣٧١ / ٨ ، والروضة ٤٨٨ / ٣ ، والمغني ٢ / ٢٦١ ،

والنهاية ٦٤ / ٤ ، وشرح المحلى ٢ / ٢٠٧ .

(٢) والوجه الثاني هو الأصحّ ، وبه قطع صاحب التهذيب وغيره (المراجع
السابقة) .

(٣) المشتري : ساقط من د .

(٤) قال لأنّ العيب : ساقط من د .

بعد البيع وقبل القبض . فإذا حلف لقد باعه بريئا من هذا العيب ، برّ في يمينه مع استحقاق الردّ (١) .

والجواب عنه : أنّ يمين البائع يجب أن تكون مطابقة لدعوى المشتري ، فإن كانت دعوى المشتري أن البائع باعه معيبا ، حلف البائع بالله لقد باعه بريئا من هذا العيب ، ولم يلزمه أن يحلف : لقد أقبضه بريئا من هذا العيب . (وإن كانت دعوى المشتري أنّ البائع أقبضه معيبا ، حلف البائع بالله لقد أقبضه بريئا من هذا العيب) (٢) ، ولم يجزه أن يحلف لقد باعه بريئا من هذا العيب .

فان قال المزني : فما ذكرته أحوط . / قيل له : فأنت ١/١٢٢ وان احتطت للمشتري ، فيلزمك أن تحتاط للبائع أيضا (٣) ، فيجب أن

(١) قال الرافعي بعد أن ذكر كلام المزني ما نصّه : " وتكلم أصحاب على اعتراضه بحسب الخلاف المذكور . فمن اعتبر كون اليمين وفق الجواب قال : أراد الشافعي رضي الله عنه ما إذا ادّعى المشتري عيبا سابقا على الردّ وأراد الردّ به وقال البائع في الجواب بعته وما به هذا العيب فيحلف كذلك ولو قال المشتري قبضته معيبا و نفاء البائع في الجواب ، حلف كما ذكره المزني . ولو اقتصر في الجواب على أنه لا يستحقّ الردّ لم يلزمه ذكر هذا ولا ذاك .

ومن قال تكفى اليمين على نفي الاستحقاق بكلّ حال قال : لم يقصد الشافعي أنه الآن على ما إذا يحلف ولائى وقت يتعرّض ولكن أراد أن يتبيّن أنه يحلف على البتّ فلا يقول مثلا بعته وما أعلم به عيبا ولكن يقول بعته وما به عيب . انظر الفتح ٣٧٢/٨ - ٣٧٣ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٣) ج : أيضا للبائع .

تكون يمينه : بالله أنه لا يستحقّ عليه ردّ هذه السلعة بهذا العيب ، خوفاً من أن يكون المشتري قد علم بالعيب مع تقدّمه ، أو أمسك عن الردّ بعد علمه ^(١) ، فتكون اليمين ^(٢) على هذه الصفة يتضمّن ^(٣) الاحتياط للبائع والمشتري ، وهذا أولى .

- فصل -

وإذا ثبت تقدّم العيب كان ردّ المشتري معتبراً بثلاثة شروط :
أحدها : أن لا يكون قد علم بالعيب قبل العقد ^(٤) ، فلو كان قد علم به ، لكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ويوجب الفسخ فلا ردّ له ؛ لأنه قد كان ^(٥) يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه ، ولأن استحقاق الردّ حكم ، والجهل بالأحكام لا يسقطها . فلو كان قد شاهد العيب قديماً ، وقال ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ، ولا ردّ له ^(٦) ، لأن الأصل بقاء العيب ^(٧) .

(١) ب : مع علمه .

(٢) اليمين : أثبتها من ب ، ج . وهي ساقطة من د . وفي أ . " فيكون النهي " وهو تصحيف .

(٣) د : ضمّن .

(٤) فان علم بالعيب قبل العقد فلا ردّ له باتفاق أهل العلم . أنظر : مراتب الإجماع ص ٨٨ ، وتكملة السبكي ١٢ / ١٢١ وفيها : " ولا يأتي فيه الخلاف المتقدّم في المصّرة إذا كان عالماً بالتصرية ؛ لأنّ المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به التعبد ، وأنّ ذلك خيار ثابت بالشرع ، وليس ههنا كذلك " .

(٥) كان : ليس في د .

(٦) من ب ، ج . وفي أ ، د : " ولا دلالة " وهو خطأ .

(٧) انظر : التكملة ١٢ / ١٢١ قال : ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشتري ؛ لأنّ الأصل عدمه .

والشرط الثاني : تعجيل الردّ بعد علمه بالعيب على الفور (١)

حسب الامكان المعتاد ، فلو وقف على العيب ليلا لم يلزمه ردّه في الحال حتى يصبح (٢) اعتبارا بالعرف . ولو علم به وهو ممنوع بغيبة أو مرض ، كان له حقه (٣) إلى أن يزول المنع . فلو بادر برّدّه حين علم بعيبه فلقى البائع ، فأقبل (٤) على معادشته ، ثم أراد الردّ ، فلا ردّ له ؛ لأنّ أخذه في الكلام ، مع إسساكه عن الردّ إسقاط لحقه منه . ولو كان حين لقيه ردّه عليه قبل سلامه عليه ، كان له ذلك . ولو ردّه عليه (٥) بعد سلامه فقد حكى عن محمّد بن الحسن (٦) أنه لا ردّ له حتى يرّد قبل السلام ؛ لأنّ السلام اشتغال بغير الردّ كالسلام .

(١) مه قال مالك . وعند أبي حنيفة وأحمد : هو على التراخي .
انظر : الإفصاح ٢٢٥/١ ، ورحمة الأئمة ص ١٤٩ ، والميزان للشعراني ٥٦/٢ .

(٢) قال السبكي : " واشتراط صاحب التتمة عدم التمكن في الليل يقتضي أنه متى تمكّن فيه كان كالنهار . وكذلك قال ابن الرفعة : لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكن من السير فيه من غير كلفة " .
انظر : تكملة ١٤٢/١٢ .

(٣) ب ، ج : كان على حقه .

(٤) ج : " وأقبل " ويأباه السياق .

(٥) عليه : ليس في ج ، د .

(٦) انظر : رحمة الأئمة ص ١٤٠ ، والميزان للشعراني ٥٦/٢ ،

وتكملة السبكي ١٤٢/١٢ وفيها : " وفي بعض شروح التنبيه حكاية وجهين في كون السلام عذرا ، وهو — بعيده " .

وهذا غير صحيح ، بل له ^(١) الرد ، وسلامه لا يمنع منه ^(٢)
 لجريان العرف أدبا وشرعا به ، ولأن السلام ^(٣) قريب لا يطول به الزمان ،
 ولا ينقطع به المولاة . ^(٤)

والشرط الثالث : أن لا يستعمل البيع بعد علمه بعيبه ؛
 لأن الاستعمال ينافي الرد ، فان استعمله بطل حقه من الرد والارش
 معا ، إلا أن يكون يسيرا ^(٥) جرت العادة بمثله في غير ملكه كقولـه
 للجارية البيعة وقد وقف على عيبها : "إغلقى الباب ، أو ناوليني ^(٦)
 الثوب " فلا يكون هذا اليسير وما جرى مجراه مانعا من الرد ، لأن
 العرف جار بمثله في غير ملك ^(٧) . فلو كان البيع دابة فحين علم بعيبها
 ركبها ليردّها ^(٨) فقد اختلف أصحابنا هل يكون هذا الركوب مانعا

-
- (١) من ب ، د . وفي أ . بدون " له " وفي ج " فان له " .
 (٢) وذلك باتفاق أهل العلم إلا ما روى عن محمد بن الحسن .
 انظر المراجع السابقة .
 (٣) من ب ، د . وفي أ : " الكلام " وفي ج : " السلم " وكلاهما
 خطأ .
 (٤) انظر في التفريعات المذكورة : المهذب ٢٩١/١ والفتح
 ٣٤٧/٨ ، والروضة ٤٧٦/٣ ، والتكلمة ١٤٢/١٢ وما بعدها .
 والمنهاج مع المفني ٥٦/١٢ والنهاية ٤٧/٤ ، وشرح المحلى
 ٢٠٣/٢ .
 (٥) قلت : على الوجه الصحيح المشهور : لا فرق بين الانتفاع الكثير
 والقليل . انظر : الفتح ٣٤٩/٨ ، والروضة ٤٧٩/٣ ، والتكلمة
 ١٥٥/١٢ .
 (٦) ج : " ناولني " وهو خطأ .
 (٧) ج ، د : " غير ملكه " .
 (٨) ج : لردّها .

من الردّ بالعيب؟ على وجهين (١) :

أحدهما : لا ردّ له ، ولأنّه تصرّف لم تجربه العادة في غير ملكه (٢) إلاّ بان / الطالك .

ب/١٢٢

والوجه الثاني - وهو قول أبي العباس بن سريج (٣) : له الردّ ، لأنّ الركوب أعجل له في الردّ وأصلح للدابة من القود .

ولكن لو كان الصبيع ثوباً فحين وقف على عيبه لبسه ليردّه على بائعه لم يجز ، وكان هذا اللبس مانعاً من الردّ بالعيب ، لأنّ العادة لم تجربه ، ولأنّه لا مصلحة للثوب في لبسه . ولو كان لا يسا للثوب فوقف على عيبه في الطريق فتوجّه ليردّه مستديماً لبسه (٤) ، جاز ولم ينعمه ذلك من الردّ لقربه ، وأنّ العادة لم تجر في الطريق بنزعه (٥) .

(١) أصحهما لدى جمهور الشافعية البطلان ، لأنّه ضرب انتفاع . نعم لو كانت جموحاً يعسر قودها وسوقها ، فيُعذر في الركوب . انظر :

الفتح ٣٤٩/٨ ، والروضة ٤٧٩/٣ .

(٢) ج : " في عقد ملك " وهو تصحيف .

(٣) وهو قطع الشيرازي ، وصحّحه ابن أبي عصرون ، واختاره الروياني

في الحلية . انظر : التكلّة ١٥٦/١٢ .

(٤) ب ، ج : للبيه .

(٥) انظر في التفرّعات المذكورة في استعمال الصبيع بعد معرفة

عيبه : المهذب ٢٩١/١ ، والفتح ٣٤٧/٨ ، والروضة

٤٧٩/٣ ، والتكلّة ١٥٤/١٢ ، وابعدها . والضّاح مع

المفني ٥٨/٢ ، والنّهاية ٥٤/٤ ، وابعدها ، وشرح

المحلي ٢٠٤/٢ .

- فصل -

وإذا^(١) وجد المشتري بالبيع عيبا يمكن حدوثة فجعل القول فيه قول البائع مع يمينه ، وألزم المشتري العيب ، ثم اختلفا في الثمن فتعالفا ، ثم رد^(٢) البيع على البائع ، فطالب^(٣) المشتري بأرث العيب الذي حلف^(٤) على حدوثة ، فليس له ذلك ، ويصير القول فيه قول المشتري مع يمينه^(٥) ولا أرث عليه ؛ لأننا إنما جعلنا القول فيه قول البائع مع سلامة العقد في سقوط الرجوع عليه بالأرث اعتبارا ببراءة ذاته ، (فوجب إذا انفسخ العقد أن يصير القول قول المشتري فسي سقط الرجوع عليه بالأرث اعتبارا ببراءة ذاته^(٦))^(٧)

- مسألة -

قال المزني^(٨) : (سمعت الشافعي^(٩) يقول : كل ما اشتريت ما يكون مأكوله في جوفه ، فكسرتة ، فأصبته فاسدا ، فلك

-
- (١) ب : قال وان .
 (٢) ب ، ج : ورد .
 (٣) أ : " فطلب " والمثبت من باقي النسخ وهو لا وفق .
 (٤) أ : " حدث " والتصويب من باقي النسخ .
 (٥) فلو نكل المشتري عن اليمين فهل يحلف البائع أم لا ويكتفى باليمين السابقة ؟ فيه نظر . والأقرب الأول ؛ لأن يمينه الأولى لدفع الرد ، وهذه لطلب الأرث ، فالمقصود من كل منهما غير المقصود من الأخرى . حاشية الشبرايطسي على النهاية ٦٥/٤ .
 (٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
 (٧) أنظر : أسنى المطالب ٧٢/٢ ، والمغني ٦١/٢ ، والنهاية ٦٥/٤ ، وقلوب ٢٠٧/٢ .
 (٨) ب : المزني رحمه الله .
 (٩) ب : الشافعي رضي الله عنه .

ردّه وما بين قيمته فاسدا صحيحا ، وقيمته فاسدا مكسورا . وقال ^(١) في موضع آخر : فيها قولان : هذا أحدهما . والآخر : ليس له الرد ^(٢) ، إلا أن يشاء البائع ، وللمشتري ^(٣) ما بين قيمته صحيحا وفاسدا ، إلا أن لا يكون ^(٤) له فاسدا قيمة ^(٥) ، فيرجع بجميع الثمن ، قال المزنسي رحمه الله ^(٦) : هذا أشبه بأصله ، لأنه لا يرد ^(٧) الرانج ^(٨) مكسورا ، كما لا يرد الثوب مقطوعا ، إلا أن يشاء البائع . ^(٩)

وهذا كما قال . إذا اشترى شيئا فكسره أو قطعه ، ثم وجد ^(١٠) عيبا بعد الكسر والقطع ^(١١) ، فهذا على ضربين :

-
- (١) ج : ثم قال .
 - (٢) هكذا في النسخ وفي م : " فيها قولان . أحدهما : أن ليس له الرد " ويأباه السياق .
 - (٣) ج : " والمشتري " وهو خطأ .
 - (٤) أثبتته من م . وفي النسخ " يكون " بدون حرف النفي ، وهو خطأ .
 - (٥) ج : " فاسد قيمته " وهو خطأ .
 - (٦) رحمه الله : ليس في ب ، ج ، د ، م .
 - (٧) من ب ، ج ، م . وفي أ ، د : " لم يرد " ويأباه السياق .
 - (٨) الرانج : بفتح النون ، وقيل بكسرهما : الجوز الهندي . والجمع : الروانج . انظر : الصحاح ٣١٨/١ ، والمصباح ص ٢٤١ .
 - (٩) انظر مختصر المزنسي ١٩٢/٢ .
 - (١٠) به : ساقط من ج .
 - (١١) ب ، ج : بعد الكسر والقطع عيبا .

أحدهما : أن يكسره أو يقطعه لاستعلام العيب . والثاني : أن يكون
(كسره وقطعه لغير استعلام العيب .

فإن كان لغير استعلام العيب (١) كسب قطعه قميصاً
ثم وجده معيباً لم يلزم البائع أن يستردّه معيباً ، وكان للمشتري أن يرجع
بأرشفه إلا أن يرضى البائع قبوله مقطوعاً ، فلا أرش للمشتري ، إلا أن يكون
له (٢) فيه خياطة .

وإن كان لاستعلام العيب لم يخل ذلك من أحد أمرين : إما
أن يكون لفاسده قيمة أم لا . فإن كان ممّا لا قيمة لفاسده كبيضه فاسدة
مذرة (٣) أو جوزة فارغة ، أو بطيخة رائدة (٤) ، فللمشتري فسي
مثل هذا أن يرجع بجميع الثمن (٥) ، لأنّ ما لا قيمة له لا تصحّ
المعاوضة عليه .

أ/١٢٣

وإن كان ممّا لفاسده قيمة كبيض النعام إذا تغتّر ، أو البطيخ
إذا حمض ، أو الجوز واللوز إذا زنخ (٦) ، فينبغي أن يعتبر حال

(١) ما بين القوسين ساقط من د .

(٢) ب ، ج : ما لم يكن له .

(٣) مذرت البيضة والمعدة مذرا ، فهي مذرة من باب تعب : فسدت .

انظر : المصباح ص ٥٦٢ .

(٤) داد الطعمام يدود ، وداد يداد ، من بابي قال وخاف ،

و أداد ، ودّود ، كله بمعنى : وقع فيه الدود أي : السوس .

انظر المختار ص ٢١٤ ، والمصباح ص ٢٠٢ .

(٥) نصّ عليه الشافعي وقطع به الأصحاب كافة . انظر : التكملة

٢٧٥/١٢ .

(٦) زنخ الدهن : تغتّر ، فهو زنخ ، وبابه طرب . انظر : المختار

ص ٢٧٦ .

كسره فانه لا يخلو من أحد أمرين : إما أن يكون ممّا لا يمكن الوصول^(١)
إلى معرفة عيبه^(٢) إلاّ بمثله (أو يكون أكثر ، فان كان ممّا لا يوصل
إلى معرفة عيبه^(٣) إلاّ بمثله^(٤) فهل للمشتري أن يرّده مكسوراً أم لا ؟ على
قولين :

أحدهما^(٥) : لا ردّ له لنقصه عمّا أخذه ، وله الرجوع بالأرض ،
وهو^(٦) أن يقوم صحيحاً سليماً (وصحيحاً معيباً ، ثم يرجع بما بينهما
من الثمن ، لا من القيمة كأنّ قيمته صحيحاً سليماً)^(٧) عشرة ، وقيمه معيباً
صحيحاً ثانية ، فقد راعى العيب الخمس ، فيرجع على البائع بخمس الثمن ، قلّ
أو أكثر .

والقول الثاني - وهو أصحّ -^(٨) أن هذا الكسر لا يمنع من الردّ ؛
لأنه لما كان لا يوصل إلى معرفة العيب إلاّ به كان كالمأذون فيه ، وجرى
مجرى المصّرة التي لا يمنع حلها من ردّها .

-
- (١) ب ، ج : ممّا لا يوصل .
(٢) ب ، ج ، د : " عينه " وهو خطأ .
(٣) ب ، ج : " عينه " وهو خطأ .
(٤) ما بين القوسين ساقط من د .
(٥) رجّحه الغزالي في الوجيز ١٤٤/١ ، ومه قال أبو حنيفة ، والمزني :
فتح العزيز ٣٦١/٨ .
(٦) ج : وله .
(٧) ما بين القوسين ساقط من د .
(٨) ورجّحه أيضاً الشيخ أبو حامد ومن تابعه ، ومه قال مالك ، وأحمد
في رواية عنه ، والقاضي الروياني وغيره . انظر : الفتح ٣٦١/٨ .

فعلى هذا إذا ردّ ، فهل يلزمه أن يرّد معه أَرش الكسر؟ على

قوليين :

أحدهما : ^(١) لا يرّد أَرش النقص بالكسر ^(٢) ؛ لأنه في حكم
المأذون فيه . ^(٣)

والقول الثاني : ^(٤) يرّد معه أَرش النقص ، كما يرّد الصاع بدلا

عن ^(٥) لبن التصرية . فعلى هذا يرّد أَرش كسره من القيمة دون الثمن ،
وهو أن يقوّمه صحيحا معيبا ، فيقال : " عشرة دراهم " ثم يقوّمه مكسورا
معيبا ، فيقال : " ثمانية دراهم " فيكون قد رآل أَرش درهمين .

فأما إذا كان الكسر كبيرا قد يصل إلى معرفة عيبه بأقلّ منه
كالبطّخ الذي يصل إلى معرفة حلوه من حامضه بثقبه دون كسره ، فقد
اختلف أصحابنا رحمهم الله ^(٦) فيه إذا كسره على وجهين :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق العروزي - : أنه على قوليين
كما مضى سوا . ^(٧)

(١) وهذا أصحّ عند الجرجاني ، وصاحب التهذيب - أي البغوي - ،
وابن أبي عصرون ، والرافعي في المحرّر . وفي الروضة : إنه لا يظهر .
قال السبكي : والفرق بينه وبين المصّرة أنّ الكسر عيب حادث
لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصّرة فإنه أظهر نقصا
مع تفويت عين . انظر : التكملة ٢٧٩/١٢ .

(٢) ج : " بالخمس " وهو خطأ .

(٣) فيه : ساقط من ج .

(٤) ب : " والثاني " بدون القول .

(٥) ب ، ج ، د : بدلا من .

(٦) رحمهم الله : ليست في ب ، ج .

(٧) قال الشيرازي في تعليقه : " إنه على القولين ؛ لأنه يشقّ التمييز
بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب ، وبين ما زاد عليه ،
فستوى بين القليل والكثير " انظر : المهذب ٢٩٣/١ .

والثاني - وهو قول أبي حامد المروزي (١) ، وجمهور أصحابنا: (٢)

لا رد له قولا واحدا ، لأن الزيادة في الكسر ليست لاستعلام العيب ،
فلما منعت من الرد لو انفردت فأولى أن تمنع إذا شاركت.

فأما المزني فإنه اختار أحد القولين ، وهو المنع من الرد احتجاجا
بأنه لما لم يرد الثوب مقطوعا ، لم يرد الرانج مكسورا ، وكذلك الجوز
واللوز . فيقال له : إنما لم يرد الثوب مقطوعا لأنه نقص لغير استعلام
العيب ، وكسر (٣) الرانج والجوز لاستعلام العيب. (٤)

- فصل -

إذا اشترى ثوبا مطويا فنشره (٥) صح الشراء إن كان مطويا
على طاقين ليرى جميع الثوب من جانبه (٦) . وإن كان مطويا على أكثر
من طاقين لم يصح البيع إلا أن يكون على خيار الروية فيكون جوابه على
ما مضى .

- (١) د : " المروزي " وهو خطأ .
(٢) وهو المذهب . انظر : التكملة ٢٢٦/١٢ .
(٣) ب : " وكسره " ، ج : " فكسره " .
(٤) راجع في السألة : الأتم ٥٨/٣ ، والمهذب ٢٩٢/١ ، والتنبية
ص ٦٦ ، والفتح ٣٦٠/٨ ، والروضة ٤٧٤/٣ ، والنهاج مع المغني
٥٩/٢ ، والنهاية ٦٠/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٦/٢ ،
(٥) فنشره : ساقط من د .
(٦) قال الرافعي بعد أن ذكر كلام الماوردي : " وهو أحسن لكن
المطوي على طاقين لا يرى من جانبه إلا أحد وجهي الثوب وفي
الاكتفاء به تفصيل وخلاف سبق " انظر : الفتح ٣٦٤/٨ .

فإذا نشره^(١) بعد صحة بيعه ، فإن كان / نشره لا ينقص ١٢٣/ب
من قيمته ، كان له رده مشورا بما وجد فيه من عيب . وإن كان نشره ينقص
من^(٢) قيمته كالسبجاني^(٣) وما في معناه ، فيكون كالذى لا يوصل إلى
معرفة عيبه إلا بكسره ، فيكون على قولين إلا أن ينشره من لا يحسن النشر فيكون
على خلاف^(٤) أصحابنا من^(٥) الوجهين^(٦) .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله^(٧) : (ولو باع عبده وقد جنى ففيها
قولان : أحدهما : أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا . وعلى السيد
الأقل من قيمته ، وأورش جنايته . والثاني : أن البيع مفسوخ من قبل أن^(٨)
الجناية في عنقه كالرهن فيه^(٩) فيرد البيع ، ويباع^(١٠) فيعطى رب
الجناية جنايته . وهذا أقول ، إلا أن يتطوع^(١١) السيد بدفع الجناية

(١) ب : " فأما إذا نشره " ج : " فإذا اشتراه " وهو خطأ .

(٢) من : ليس في د .

(٣) السبجة والسبيجة : كساء أسود . لسان العرب ٢/٢٩٤ .

(٤) ب ، ج ، د : على اختلاف .

(٥) ب ، ج : في .

(٦) راجع في الفصل : الفتح ٣٦٣/٨ ، والروضة ٤٨٥/٣ ، والتكملة

٢٨٠/١٢ وفيها : " والمذهب امتناع الرد " وأسنى المطالب

٧٠/٢ .

(٧) د : " رضى الله عنه " وفي ب ، ج ، م : " الشافعي " فقط .

(٨) أن : ليس في د .

(٩) ب : " كالدهن " وهو تصحيف . و " فيه " ليس في ب ، ج ، م .

(١٠) أ : " فيباع " والمثبت من ب ، ج ، د ، م .

(١١) ج : " أن مطوع " وهو تصحيف .

أوقية العبد ان كانت جنايته أكثر ، كما يكون هذا في الرهن (١)

وهذا كما قال . إعلم أنّ جناية العبد إذا تعلّقت برقبته نوعان :
نوع يوجب القود (٢) ، ونوع يوجب المال . فأما الموجبة للقود فغير مانعة
من جواز (٣) بيعه (٤) ، لأنه بموجب (٥) القود معرّض للتلّف . وذلك
لا يمنع من جواز البيع كالمرض .

(١) مختصر المزني ١٩٣/٢ - وراجع في المسألة : التنبيه ص ٦٣ وفيه :

"وفي العبد الجاني قولان : وقيل : إن كانت الجناية خطأ
لم يجز قولاً واحداً ، وإنما القولان في جناية العمد . وقيل :
إن كانت الجناية عمداً ، جاز قولاً واحداً ، وإنما القولان فيما
إذا كانت الجناية خطأ . " والمهذب ٢٩٤/١ ، والفتح ١٢٩/٨
ونذكر فيه ثلاث طرق .

"أحدها : أنه إن كانت موجبة للقصاص فهو غير صحيح . وإن
كانت موجبة للمال فقولان . والثاني : إن كانت موجبة للمال
فهو غير صحيح ، وإن كانت موجبة للقصاص فقولان . والثالث :
طرد القولين في الحالتين ."

والروضة ٣٥٧/٣ ، والنهاج والمغني ١٤/٢ ، وشرح المحلى
١٥٩/٢ .

(٢) القود : بفتحيتين القصاص . انظر : المصباح ص ٥١٩ .

(٣) جواز : ليس في ب .

(٤) وبه جزم جمهور الأصحاب . وقيل : فيه وجهان . أظهرهما :

الصحة . والثاني : لا يصح ، لأن المستحق يجوز له العفو
على مال فيتعلّق برقبته ، وتعلّقه بها مانع . راجع : المغني

١٤/٢ ، وشرح المحلى ١٥٩/٢ .

(٥) ج : "يوجب" وهو تصحيف .

فان باعه ، ثم اقتص (١) منه ، فقد اختلف أصحابنا هل يكون قتله (٢)

بالقصاص يجرى مجرى استحقاقه بالغصب ، أو مجرى تلفه بالمرض ؟
فقال أبو اسحاق المروزي (٣) يجرى ذلك مجرى استحقاقه بالغصب
فعلى هذا يكون للمشتري أن يرجع بثمنه ، سواء علم بجنايته أولم يعلم .

وقال أبو علي بن أبي هريرة (٤) : بل يجرى ذلك مجرى تلفه
بالمرض . فعلى هذا لا رجوع له بالثمن لتلف ذلك بيده ، ويرجع بالارش (٥)
إن لم يكن عالما بجنايته ، ولا يرجع به إن كان عالما بجنايته .

(١) ب : ثم اقتصه .

(٢) ج : " قبله " وهو خطأ .

(٣) وبه قال ابن الحداد أيضا ، ونص عليه الشافعي في آخر باب

الفتيا من الامم ، وهو مذهب أبي حنيفة . انظر : تكملة السبكي

٠٣٥٠ / ١٢

وقال الشيرازي في المهذب ٢٩٥ / ١ في تعليقه : " لانه أزيلت

يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع ، فأشبه إذا استحققت

ثم رد على تعليل الوجه الثاني قائلا : " ويخالف المريض ، فانه

لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع ، وإنما مات بزيادة مرض

حدثت في يد المشتري ، فلم يرجع بجميع الثمن " .

(٤) وبه قال ابن سريج ، ونسبه السبكي إلى أبي يوسف ومحمد أيضا .

قال : ويوافقه ما نقله ابن بشرى عن نصه - أي الشافعي - في

الاملاء - انظر : المرجعين السابقين .

(٥) وهو ما بين قيمته جانبا وغير جان منسوباً من الثمن .

انظر : التكملة ٠٣٤٩ / ١٢

- فصل -

وإن كانت الجناية موجبة للمال فهي مانعة من بيعه ما لم يفده السيد من جنايته . فان باعه قبل أن يفديه منها لم يخل السيد إمّا أن يكون موسرا بالجناية أو معسرا بها ^(١) ، فان كان معسرا بها بطل بيعه ^(٢) ؛ لأنّ أرش الجناية مستحقّ ، وتقدّمها أحقّ . وإن كان موسرا بها ففي بيعه قولان : ^(٣)

أحدهما : أنّ بيعه جائز ، لبقائه على ملكه فيبقى حكمه على ما كان من قبل من ^(٤) جواز تصرّفه . وهذا قول أبي حنيفة ^(٥) .

والقول الثاني - وهو أظهر - : أنّ بيعه باطل ؛ لأنّ تعلّق الجناية برقبته أوكد من تعلّق الرهن بها لتقدّم الجناية عند اجتماعهما . فلما كان رهنه مانعا من جواز بيعه فأولى أن تكون الجناية مانعة من

(١) بها : ساقطة من ب .

(٢) قلت : ومنهم من طرد الخلاف فيه كالْموسر وحكم بشبوت الخيار للمجنى عليه إن صحّ . انظر : الفتح ١٢٩/٨ ، والروضة ٣٥٨/٣ .

(٣) قلت : إن كان موسرا ففيه طريقان لدى الشافعية . أصحهما : أنّ المسألة على قولين . أصحهما : أنه لا يصحّ . والثاني : أنه يصحّ . وخرّج بعضهم قولاً ثالثاً ، وهو أنّ البيع موقوف فان فداء نفذ ، وآلا فلا . والطريق الثاني : القطع بالنسخ كما في المرهون . انظر : المرجعين السابقين .

(٤) من : ساقط من ج ، د . وفي ب : " وفي " .

(٥) انظر : فتح القدير ٣٩٣/٦ ، والتبيين ٤٢/٤ . وهو قال

أحمد : المغني لابن قدامة ١٢٨/٤ ، والإفصاح ٢٢٥/١ ،

وهو اختيار المزني : الفتح ١٢٩/٨ .

جواز بيعه . فعلى هذا القول / يكون بيعه باطلا ، فداء السيد (١)
أولم يفده (٢) ، وسواء قلّ أرش الجناية أو أكثر (٣)

فأما إذا قيل بالاثول - إن بيعه جائز - فان السيد مأخوذ
بفكره من جنائته . فان كانت الجناية بازا، قيمته فما دون فداء جميعها ،
وإن كانت الجناية أكثر من قيمته فعلى قولين : (٤)

أحدهما : عليه أن يفديه بجميعها وإن زادت على (٥)
قيمتها أضعافا ، لأنه بالبيع منه قطع رغبة الراغبين فيه .

والثاني : عليه أن يفديه بقدر قيمته لا غير ، لأن الزيادة لم
تتعلق بها الجناية . فان فداء عن (٦) جنائته ، استقر البيع وصح ، وإن
استنع أن يفديه منها ، فهل يؤخذ أرضها منه جبرا أو يفسخ البيع ،
ويباع في الأرض ؟ (على وجهين :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق المروزي - : لا يجبر على دفع
الأرض (٧) ، لأنه لم يضمنه (٨) ، لكن يفسخ عليه البيع ليبيع في الأرض .

(١) ب ، ج : فداء السيد من بعد .

(٢) ب : " أم لا " ج : " أولا " .

(٣) ب : أو أكثر .

(٤) قلت : فيه طريقان لدى الشافعية . أحدهما : القطع بأنه
يفدى بأقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية . والثانية : جريان
القولين فيه . انظر : تكملة السبكي ٣٤٩/١٢ .

(٥) على : ساقط من د .

(٦) ب ، ج : من .

(٧) ما بين القوسين ساقط من د .

(٨) د : لا يضمنه .

والوجه الثاني : (١) يؤخذ منه الأرش جبراً ، ولا يفسخ البيع ؛
لأن حق المشتري قد تعلّق به ، وهو بالبيع ملتزم (٢) لغديته .

- مسألة -

قال المزني : (قلت أنا : قوله (٣) : " كما يكون العتق جائزاً " تجوز منه للعتق (٤) ، وقد سوّى في الرهن (٥) بين إبطال البيع والعتق ، فإذا جاز العتق في الجناية ، فالبيع جائز مثله . (٦)

أما عتق السيّد لعبد الجاني فمعتبر بحال الجناية ، فإن كانت موجبة للقود ، فعتقه نافذ ، سواء كان موسراً أو معسراً ، وللمجنى عليه أن يقتصر (٧) منه بعد العتق ، كما كان له الاقتصار (٨) قبل العتق .

وإن كانت الجناية موجبة للمال نظر حال السيّد ، فإن كان موسراً بالجناية ، كان عتقه نافذاً (٩) ، ويلزمه (١٠) ضمان أرش الجناية لايختلف ،

-
- (١) ونسبه الرافعي إلى الإمام أبي حنيفة أيضاً : الفتح ١٣٠/٨ .
قال النووي : إنه الصحيح : الروضة ٣٥٨/٣ ، وقال السبكي : إنه ظاهر مذهب الشافعي : التكملة ٣٤٨/١٢ .
- (٢) ب : " ملتزم " وهو خطأ .
- (٣) قلت أنا قوله : ليست في النسخ ، وأثبتها من م .
- (٤) من ب ، ج ، م . وفي أ ، د : " يجوز منه العتق " وهو خطأ .
- (٥) ج : " وقد يتراضى الرهن " وهو خطأ .
- (٦) انظر : مختصر المزني ١٩٤/٢ .
- (٧) د : " أن ينقص " وهو تصحيف .
- (٨) د : " له في الاقتصار " وهو خطأ .
- (٩) قلت : حكى الرافعي والنووي فيه ثلاثة أقوال للشافعية أصحابها : نفوذ العتق . والثاني : أنه موقوف ، إن فداء نفذ ، والا فلا .
ومنهم من قطع بالنفوذ ، انظر : الفتح ١٣١/٨ ، والروضة ٣٥٨/٣ .
- (١٠) ج : ويلزمه .

لاستهلاكه العبد بالعتق ، كما لو استهلكه بالقتل ، ويكون ضامنا لأقلّ الأمرين من قيمته أو أورش جنايته لا يختلف ، لأنّ العبد بالعتق يستهلك بخلاف البيع .

وإن كان السيّد معسرا ، ففي نفوذ عتقه قولان : (١)

أحدهما : لا ينفذ عتقه (كما لا يصحّ بيعه .) (٢)

والثاني : عتقه (٣) نافذ بخلاف البيع ، لأنّ في العتق

حقا لله تعالى لا يمكن إسقاطه بعد ثبوته . وخالف البيع الذي يفسخ بعد عقده ، (٤) فعلى هذا يكون ضامنا لأورش جنايته بأقلّ الأمرين في ذمته .

فأما قول المزني : " إنّ الشافعي قد سوّى بين بيع الرهن وعتقه (٥) ،

فكذا يجب أن يسوّى بين بيع الجاني وعتقه " فهذا سهو منه ، لأنّ الشافعي خالف بين بيع الرهن (٥) وعتقه ، لأنه أبطل بيعه قولاً واحداً وله في

عتقه ثلاثة أقاويل ، فكذا يجب أن يختلف / الحكم في بيع الجاني وعتقه ؛ ١٢٤/ب لأنّ حكم العتق أقوى وأنفذ من البيع . (٦)

- مسألة -

قال الشافعي (٧) : (ومن اشترى عبداً وله مال (٨) ، فماله

(١) أصحهما أنه لا ينفذ : الفتح ٨ / ١٣١ . وفي الروضة ٣ / ٣٥٨ :

" لم ينفذ على الظاهر . وقيل : لا ينفذ قطعاً .

(٢) ج : " معه " وهو تصحيف .

(٣) ما بين القوسين ماقط من د .

(٤) ج : " بخير عقد " وفيه تصحيف وسقط .

(٥) ب ، ج : " المرهون " في الموضعين .

(٦) انظر : تكملة السبكي ١٢ / ٣٤٥ .

(٧) ب : الشافعي رضي الله عنه .

(٨) وله مال : أثبتته من م ، وليس في النسخ .

للبائع إلا أن يشترطه البتاع ، فيكون مبيعاً معه . (١)

(*)

لا خلاف بين الفقهاء أن العبد لا يملك بالميراث (٢) ، ولا يملك ما لم يملكه السيد (٣) . واختلفوا في أنه (٤) هل يملك إذا ملكه السيد مالا أم لا ؟ بعد اتفاقهم (٥) أنه يملك بضع (٦) زوجته .

فقال مالك (٧) وداود (٨) - وهو قول الشافعي في القديم - (٩)

إن العبد يملك المال بتملكه (١٠) السيد حتى يجوز له (١١) أن

(*) من باب ١٠ : " ولا خلاف " .

(١) انظر : مختصر المزني ١٩٤/٢ .

(٢) انظر : المحلى لابن حزم ٣٠١/٩ .

(٣) قلت : هذا مذهب عامة أهل العلم . وذهب ابن عمر ، وعطاء ،

والثوري والظاهرية إلى أن العبد يملك ولولم يملكه سيده ،

ولكن ملكه ضعيف ، وللسيد الحق في انتزاع ما بيده . راجع :

المحلى لابن حزم ٥٢/٩ ، والمغني لابن قدامة ١٣١/٤ ،

وبداية المجتهد ٢٢٦/١ ، ١٥٨/٢ .

(٤) في أنه : ساقط من ب ، ج .

(٥) حصل اتفاقهم على استحابة التمتع له ببضع زوجته ، لا على أنه

يملكها . انظر : مراتب الإجماع ص ٦٣ .

(٦) البضع : بالضم ، جمعه أبضاع ، مثل قفل وأقفال ، يطلق على الفرج

والجماع ، كما يطلق على التزويج . انظر : المصباح ص ٥١ .

(٧) انظر : الموطأ مع الزرقاني ١٩٠/٤ ، والمستقى للباجي ١٦٩/٤ ،

والخرشي ١٨٢/٥ .

(٨) الظاهرية يقولون إن العبد يملك ولولم يملكه سيده كما تقدم .

(٩) انظر : الفتح ١٤٧/٩ ، والروضة ٥٧٤/٣ ، والمغني ١٠٢/٢ ،

والنهاية ١٨١/٤ ، وشرح المحلى مع قليوبي ٢٤٤/٢ ، قال

قليوبي " وفي تملك الأجنبي طريقان " .

(١٠) ب : " بتملك " وهو خطأ .

(١١) له : ليس في أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .

يُشْتَرَى ^(١) وَيَتَصَرَّفُ فِي الْمَالِ كَيْفَ شَاءَ. ^(٢)

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ: ^(٣) إِنْ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ
الْمَالُ وَإِنْ مَلَكَ سَيِّدُهُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَى ^(٤) ، وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِإِيدِهِ
إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ .

وَأَسْتَدَلَّ مِنْ ذَهَبٍ إِلَى أَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْكِحُوا
الْأَيَامَى ^(٥) مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ، إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمْ
اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾ ^(٦) فَأَخْبِرَ أَنَّهُ يَغْنِيهِمْ ، وَمَنْ لَا يَمْلِكُ لَا يُوصَفُ بِالْغِنَاءِ .

وَمَا رَوَى الزَّهْرِيُّ عَنْ سَالِمٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
قَالَ : " مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَقَالَ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيهِ ^(٧) الْبَتَّاعُ " ^(٨)
فَأُضِيفَ الْمَالُ إِلَيْهِ بِلَا مِ التَّمْلِيكِ ^(٩) ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ يَمْلِكُ .

-
- (١) د : " أَنْ يُشْتَرَى " . فِي التَّاج ١٧٦/١٠ : " تُشْتَرَى : أَخَذَ
سَرِيَّةً أَوْ جَارِيَةً " .
- (٢) ج : يَشَاءُ .
- (٣) وَهُوَ أَظْهَرُ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . انْظُرْ : أَحْكَامُ الْقُرْآنِ لِلْجِصَّاصِ
١٨٧/٣ ، وَالْفَتْحُ ١٤٧/٩ ، وَالْمَغْنِي لَابْنِ قِدَامَةَ ١٣٠/٤ ، قَالَ :
" وَهُوَ ظَاهِرٌ قَوْلِ الْخُرَقِيِّ ، وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَاسْعَاقُ " ^(٨)
وَالْأَفْصَاحُ ٢٢٥/١ .
- (٤) د : " أَنْ يُشْتَرَى " وَهُوَ تَصْحِيفٌ .
- (٥) الْأَيَامَى مِنْكُمْ : أَيُّ الَّذِينَ لَا زَوْجَ لَهُمْ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .
وَاحِدُهَا : أَيْمٌ . وَالْمَقْصُودُ مِنْهَا الْحُرَّاءُ وَالْأَحْرَارُ . انْظُرْ : تَفْسِيرُ
الْقُرْطُبِيِّ ٢٣٩/١٢ .
- (٦) سُورَةُ النُّورِ : ٣٢ .
- (٧) ب ، ج : أَنْ يَشْتَرِيَ .
- (٨) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ص : ٥٥٩ هَامِشُ (٦) وَص ٦٢٣ هَامِشُ (٤) .
- (٩) ج : " بِخِلَافِ التَّمْلِكِ " وَهُوَ خَطَأٌ .

وبما روى أنّ سلمان الفارسي - وكان عبداً - حمل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل إسلامه طبقاً فيه رطب ، ليختبر نبوته ^(١) ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " ما هذا ؟ " فقال : صدقة ، فردّه عليه وقال : " إنّنا لا نحلّ لنا الصدقة " ثم جاءه بعد ذلك بطبق آخر ، فقال : " ما هذا ؟ " فقال : " هديّة " فقبله . وقال : " إنّنا نقبل الهدية ^(٢) ، ونكافئ عليها " ^(٣) .

فلو كان العبد لا يملك ، ما استجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم قبول هديّته .

ولأنّه آدمي ، فجاز أن يملك كالحرّ . ولأنّ الرق لا يمنع من جواز الملك كالمكاتب . ولأنّ كلّ من ملك شيئاً ملك بدله ، فلما ثبت أنّ العبد يملك بضع زوجته ، وجب أن يصحّ ^(٤) منه ملك بدله ، وهو المهر . ولأنّ كلّ من صحّ أن يملك البضع نكاحاً صحّ أن يملكه شراءً كالحرّ . ولأنّ كلّ من ملك عليه ^(٥) المال في زمته ، ملكه في زمة ^(٦) غيره ، كالمكاتب . والدليل على صحّة قوله ^(٧) في الجديد - إنّ العبد لا يملك وإن

(١) ب ، ج : " ليختبر حال نبوته " .

(٢) د : " الصدقة " وهو خطأ .

(٣) انظر قصة سلمان هذه في : المستدرک للحاکم ٤/٢ قال : " وهذا حديث صحيح على شرط مسلم " ووافقه الذهبي ، وطبقات ابن سعد ٥٩/١/٤ ، وكتاب الأموال لأبي عبيد ص ٧٤٤ ، والاستيعاب ٥٧/٢ مع الإصابة ، وأسد الغابة ٤١٩/٢ ، وتهذيب الأسماء ٢٢٦/١ .

(٤) د : " أن يضع " وهو تصحيف .

(٥) عليه : ليس في أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .

(٦) زمة : أثبتها من ب ، وليست في باقي النسخ .

(٧) ج : ما قاله .

ملك - : قوله تعالى : ﴿ ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ﴾ (١)
وفيهما دليلان : أحدهما : أنه نفى عنه القدرة ، فكانت على عمومها في
الملك وغيره . والثاني : أنه (٢) لما نفى عنه القدرة ، وقد ساوى الحرّ في
البطش والقوة ، دلّ على أنه أراد ما يخالف الحرّ فيه من القدرة على الملك

أ/١٢٥

دون غيره . /

وقال تعالى : ﴿ ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم ممّا ملكت
أيامكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء ﴾ (٣) وموضع الدليل من
هذه الآية أنّ الله تعالى ضرب مثلا (٤) لنفسه فقال : كما كان عبيدكم
الذين ملكت أيامكم لا يشاركونكم (٥) في أملاككم ، كذلك أنتم عبيدي لا
تشاركوني في ملكي ، فلو قيل : إنّ العبد يملك مثل سيّده ، بطل ضرب
المثل به .

وروى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " من باع عبدا وله
مال ، فماله للبائع إلّا أن يشترطه " (٦) البتاع " (٧) فوجه الدليل منه :
أنه لما جعل مال العبد لسيّده في حال زوال ملكه وارتفاع يده ، فأولس
أن يكون لسيّده في حال ملكه وثبوت يده .

- (١) سورة النحل : ٧٥ . وفي ج بدون : " لا يقدر على شيء " .
(٢) ج : " ولا أنه " وبدون " الثاني " .
(٣) سورة الروم : ٢٨ .
(٤) ب ، ج : ضربها مثلا .
(٥) من ب ، ج . وفي أ ، د : لا يشاركونكم .
(٦) ج : أن يشترط .
(٧) تقدّم تخريجه في ص : ٥٥٩ هامش (٦) وص ٦٢٣ هامش (٤) .

- (*)
 ودليل ثان من الخبر : وهو أنّ الطك تابع للمالك ، فلو كان ما
 أضيف من المال إلى العبد ^(١) ملكا له ، لوجب أن ينتقل معه ، فلما لم
 ينتقل وكان ملكا للسيد ، بان أنه من قبل على ^(٢) ملك السيد .
- ولأنه مملوك ، فلم يجوز أن يكون مالكا كالبهيمة . ولأنّ الآدميّ
 صنفان : مالكون ومملوكون ، فلما لم يجوز أن يكون المالك مملوكا ، لم يجوز
 أن يكون المملوك مالكا . ولأنّ الرقّ الذي فيه من جنس الرقّ الذي في
 غيره ، فلما لم يجوز أن يملك رقّ نفسه ، لم يجوز أن يملك رقّ غيره ، وتحريره
 قياسا : أنه رقيق ، فلم يجوز أن يملك الرقيق ، قياسا على رقّ نفسه .
- ولأنّ الإلارث من أقوى أسباب الطك ، لحصول الطك به من غير
 قصد ، فلما لم ^(٣) يملك العبد بالإلارث ، وهو من أقوى أسباب التملّكات ^(٤) ،
 فأولى أن لا يملك بأضعف أسباب التملّكات ^(٥) . وتحريره علة : أن كلّ
 سبب يملك به المال ، لم يملك به العبد كالإلارث .
- ولأنّ الرقّ ينافى الطك بدليل أنّ حدوثه يزيل ملك الحرّبي ،
 فلما كان الرقّ قاطعا لاستدامة الطك ، فأولى أن يكون مانعا من ابتداء
 الطك . ولأنّ ^(٥) تملك العبد يوقى إلى تناقض الأحكام ^(٥) وهو أن يملك
 العبد عبدا ، فيملكه مالا ، فيشتري مولاه من سيّده ، فيصير كل واحد من
 العبدین سيّدا لصاحبه ، فتتناقض أحكامهما ؛ لأنّ كل واحد منهما يصير
 قاهرا ؛ لأنه سيّد ، ومقهورا ^(٦) ؛ لأنه عبد . وعليه النفقة ؛ لأنه سيّد .
-
- (*) أ ب : " ثاني " . والتصويب من ج د .
 (١) ب ، ج : ما أضيف إلى العبد من المال .
 (٢) على : ليس في د .
 (٣) ج : فإذا لم .
 (٤) من ج : وفي باقي النسخ : " التملّكات " في الموضعين .
 (٥) ما بين القوسين تكرر في د .
 (٦) ج : " لأنّ سيده مقهورا " وهو خطأ .

وله النفقة لأنه عبد ، وما أدى إلى تناقض الأحكام منع منه كالزوجة (١)

(إذا ملكت زوجها ، لما كان اجتماع الزوجية والملك يؤدى إلى تناقض الأحكام ، أبطلت (٢) (٣) الزوجية وأثبت (٤) الملك .

وأما الجواب عن قوله تعالى : ﴿ إن يكونوا فقرا يغنيهم الله من فضله ﴾ فهو ما ذكر (٥) في التأويل أن يغنيهم بحلال الوطء عن حرامه (٦) ، على أنه يحمل على غناهم بالمال بعد / العتق .

ب/١٢٥

وأما الجواب عن قوله : " من باع عبدا وله مال " فهو ما ذكرنا من الاستدلال منه .

وأما الجواب عن حديث سلمان (٧) فمن وجهين : أحدهما : أنَّ سلمان لم يكن عبدا وإنما كان حرا مضموبا . والجواب الثاني : أنه كان قد أهدى بإذن سيده (لأنَّ من جعل العبد مالكا (٨) ، منعته من الهدية إلا بإذن سيده) (٩) .

وأما الجواب عن المكاتب : فهو أنه (١٠) عندنا غير مالك ،

-
- (١) ج : " كالزوجة " وهو خطأ .
 (٢) ب : اجتماع الزوجية والملك متناقضا أبطلت .
 (٣) ما بين القوسين ساقط من ج .
 (٤) د : وأثبتت .
 (٥) ج : ما ذكرنا .
 (٦) راجع : النكت للماوردي ١٢٥/٣ ، وتفسير القرطبي ٢٤٢/١٢ ، وأحكام القرآن لابن العربي ١٣٦٧/٣ ، والجصاص ٣٢١/٣ .
 (٧) ج : سلمان رضي الله عنه .
 (٨) من ب ، وفي أ : " مالك " د : " ملكا " وكلاهما خطأ .
 (٩) ما بين القوسين ساقط من ج .
 (١٠) أنه : ليس في د .

ولإنما يجوز له التصرف فيما في يده . والسيد ممنوع لأجل الكتابة من
انتزاع ما في يده ليحصل له الأداة فيعتق ، ولو جاز له انتزاعه
لأعوزه ^(١) الأداة .

وأما الجواب عن قياسهم على الحر ، فهو أن المعنى في الحر أنه
لما ملك أرض الجناية عليه ملك غيره . ولما لم يملك العبد أرض الجناية
عليه ^(٢) لم يملك غيره .

وأما الجواب عن قولهم : " إن من ملك شيئاً ملك بدله " فهو
أن العبد ليس يملك البضع ، وإنما يستباح الاستمتاع به من الزوجة ^(٣) ،
والعبد والحر في الاستباحة سواء ، كما يستويان ^(٤) في أكل الميتة
عند الضرورة . ومن ^(٥) هذا الوجه خالف عقد النكاح ملك اليمين .

- مسألة -

قال الشافعي ^(٦) : (وما جاز ^(٧) أن يبيعه ^(٨) من ماله ،
جاز أن يبيعه ^(٨) من مال عبده ^(٩) . وما حرم من ذلك ،

-
- (١) ج : " لا عوازه " وهو خطأ .
(٢) عليه : ساقط من ج .
(٣) من الزوجة : أثبتته من ب ، وليس في باقي النسخ .
(٤) أ ، د : " يستويا " بسقوط النون ، والثبت من ب ، ج .
(٥) ومن : أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د : ففى .
(٦) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
(٧) م : فما جاز .
(٨) د : " أن يبيعه " في الموضعين وهو تصحيف .
(٩) عبده : أثبتته من ب ، ج ، د . وفي أ ، د : " غيره " وهو
تصحيف .

حرم من هذا (١) . ولو كان اشترط (٢) ماله مجهولا وقد يكون ديناً ويشترطه (٣) يدين ، كان هذا بيع الغرر ، وشرأ الدين بالدين . (٤) الى آخر الفصل من كلام المزي رحمه الله (٥) .

قد مضى القولان في ملك (٦) العبد إذا ملك ، ودللنا (٧) على أن أصح القولين ما قاله في الجديد : أنه لا يملك إذا ملك (٨) .

-
- (١) في المختصر يوجد بعده زيادة : " فان قال قائل : قال النبي صلى الله عليه وسلم : " من باع عبدا وله مال ، فماله للبائع إلا أن يشترطه البائع " . قال الشافعي : فدل على أن مال العبد لمالك العبد ، فالعبد لا يملك شيئا . "
- (٢) ب : " اشترط " د : " اشترطه " ولا يتحملها السياق .
- (٣) ب ، ج : " واشترطه " م : " واشترأه " .
- (٤) رحمه الله : ليس في ب ، ج .
- (٥) انظر : مختصر المزي ١٩٤/٣ وما بعدها ، وتامه : (فمعنى قوله إلا أن يشترطه البائع " على معنى ما حل ، كما أباح الله ورسوله البيع مطلقا على معنى ما يحل ، لا على ما يحرم . قال المزي : قلت أنا : وقد كان الشافعي قال : يجوز أن يشترط ماله وإن كان مجهولا ؛ لأنه تبع له . كما يجوز حمل الأمة ، تبعها ، وحقوق الدار تبعها ، ولا يجوز بيع الحمل دون أمه ، ولا حقوق الدار دونها ، ثم رجع عنه إلى ما قال في هذا الكتاب . قال المزي : والذي رجع إليه أصح .)
- (٦) ملك : ليس في ج .
- (٧) د : " ودللنا " وهو تصحيف .
- (٨) إذا ملك : ساقط من ج .

فاذا باع السيد عبده وقد ملكه مالا^(١)، لم يخل حال العقد من ثلاثة أقسام : أحدها : أن يشترط^(٢) إخراج ماله من العقد^(٣) . والثاني : أن يشترط إدخال ماله في البيع . والثالث : أن يسطلقا .

فان شرطاً إخراج ماله ، خرج ولم يدخل في البيع على القولين معا . وكذلك لو أطلقا العقد ، لم يدخل مال العبد^(٤) في العقد^(٥) على كلا^(٦) القولين^(٧) . بخلاف قول الحسن البصري^(٨) لقوله صلى الله عليه وسلم^(٩) : "﴿ فماله للبائع إلا أن يشترطه البتاع ﴾" .

-
- (١) مالا : ليس في د .
 (٢) ب : " أن يشترط " وهو خطأ .
 (٣) أ ، د : " في العقد " والتصويب من ب ، ج .
 (٤) باتفاق الأئمة الأربعة . انظر : رحمة الأئمة ص ١٤٢ ، والميزان للشعراني ٥٦/٢ ، ونسبه ابن قدامة في مغني ١٣٠/٤ الى عمر ابن الخطاب ، والقاضي شريح ، وعطاء وطاوس واسحاق أيضا .
 (٥) ب ، ج : في البيع .
 (٦) في النسخ : " كلي " والصواب ما أثبتته .
 (٧) قال الرافعي في الفتح ٣٥/٩ : " أما إذا قلنا : إنه لا يملك ، فظاهر . وأما إذا قلنا : إنه يملك ، فلا في اللفظ لا يتناول المال ، وهو بسبيل من الرجوع فيه ، وكان ترك التعرض للمال رجوعا . "
 (٨) انظر : المنتقى للباجي ١٧٢/٤ ونسبه إلى الزهري أيضا ، ورحمة الأئمة ص ١٤٢ ، والميزان للشعراني ٥٦/٢ . ونسبه ابن رشد في البداية ١٥٨/٢ الى داود ، وأبي ثور .
 (٩) من ب ، ج في أ ، د : لقوله عليه السلام .

وكذلك لو أعتقه ، كان جميع ما قد ملكه السيّد من مال السيد ، دون العبد على القولين جميعاً . (١)
 وقال مالك (٢) : يكون ملكاً للعبد دون السيّد . وهذا خطأ ،
 لقوله صلى الله عليه وسلم (٣) : * من أعتق عبداً وله مال فماله للمعتق * (٥) . وهذا نص .

- (١) وهو قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد ، وإسحاق . أنظر : بداية المجتهد ٣١٢/٢ .
- (٢) وهو قال الحسن البصري . أنظر : رحمة الأئمة ص ١٤٢ ، والميزان ٥٦/٢ ، وبداية المجتهد ١٥٨/٢ ، ٣١٢ ، ونسبه إلى ابن عمر وعائشة وعطاء وداود وأبي ثور وأهل المدينة أيضاً . قال : والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : * من أعتق عبداً فماله له إلا أن يشترط السيّد ماله * قلت : والحديث ضعيف بهذا اللفظ كما في تهذيب السنن ٥/٢٨٠ .
- وراجع في مذهب مالك إضافة إلى المراجع السابقة : المنتقى ١٧٢/٤ وفيه : * والدليل على ما نقوله أنّ الكتابة لئلا كانت تفضي إلى العتق ملك المعتق بها ماله ، فبأن يملكها بالعتق أولى وأحرى * والموطأ مع الزرقاني ١٩٠/٤ ، ومواهب الجليل مع المواق ٩٦/٤ والخرشي ١٨٢/٥ .
- (٣) من ب . وفي أ ، د : عليه السلام .
- (٤) ما بين القوسين ساقط من ج .
- (٥) الحديث لم يرد في رواوين السنة بهذا اللفظ ، بل ورد بلفظ : * الولاء لمن أعتق * كما يأتي في ص : ١٠٧٩ ، ١٠٨٣ ، ١٠٨٤ . كما روى أيضاً من حديث ابن عمر مرفوعاً بلفظ : * من أعتق عبداً وله مال فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد * أخرجه أبو داود ٢٨/٤ ، وابن ماجه ٨٤٥/٢ ، وابن أبي حاتم في

(*)

فأما إذا اشترط دخول ماله في البيع فإن حكمه يختلف على

اختلاف القولين ، فعلى قوله في الجديد - إن العبد لا يملك إذا ملك -

لا / يصح^(١) اشتراط ماله معه حتى يسلم ماله من الجهالة ١٢٦/أ
(**)

والفرر والربا على الوجه الذي يصح أن يفرد بالعقد يصح أن يشترط تبعا

للعبد . فلو كان ماله غائبا أو مجهولا ، أو ديننا والثن دين ، أو زهبا

والثن ذهب ، أو فضة والثن فضة ، لم يجوز وكان البيع باطلا . ولو كان

ماله شيئا با حاضرة ، أو عرضا مشاهدا ، صح بيعه بالذهب والفضة . ولو كان

ماله زهبا فبيع بالفضة ، أو فضة فبيع بالذهب ، كان هذا العقد^(٢) قد

جمع بيعا وصرفا فيكون على قولين .

فأما على قوله في القديم - إن العبد يملك إذا ملك - فيجوز اشتراط

ماله معا^(٣) وإن كان غائبا أو مجهولا . واختلف أصحابنا في تعليل

جوازه على هذا القول مع الفرر والجهالة .

فذهب أبو إسحاق المروزي^(٤) إلى أن العلة فيه أن^(٥) اشتراط

(*) من ج . في أ ب د : شرطاً .

العلل ٣٩٤/١ . إلا أنه بهذا اللفظ يعد في أفراد عبيد الله

ابن أبي جعفر ، وهو ضعيف في الحديث . والحديث المحفوظ

إنما هو ورد في البيع بلفظ : من باع عبدا وله مال ، فماله

للبيع إلا أن يشترطه المبتاع . وأما قصة العتق فإنها وهم من

ابن أبي جعفر خالف فيها الناس . راجع : عون المعبود ٥٠٣/١٠ .

(١) د : لا يصلح .

(٢) د : هذا البيع .

(٣) ب : بيعا . وهو تصحيف .

(٤) وبه قال ابن سريج أيضا ، وهو أصح التعليلين عند أصحاب

الشافعي . انظر : الفتح ٢٣٦/٩ ، والروضة ٥٤٦/٣ .

(٥) أن : ساقط من ج .

(**) من ب ج د . وفي أ : أن يشرط .

المشتري له هو شرط لتبقيّة ماله عليه ، ومانع لانتزاع السيّد ذلك من يده ، لأنّه لو لم يشترطه لكان للسيّد انتزاعه من يده . (فلما شرطه كان الشرط استبقاء ماله ، ومنعاً للسيّد من انتزاعه ، ثم يجوز للمشتري (١) أن ينتزع ماله من يده) (٢) ، كما كان للبائع انتزاعه منه .

واستدلّ لصحّة هذا التعليل بقوله صلى الله عليه وسلم : فماله للبائع إلّا أن يشترطه (٣) البتاع : (فجعله للبتاع بالشرط لا (٤) بالشراء . فلو كان يصير له بالشراء لقال (٥) : " فماله للبائع إلّا أن يشترطه البتاع " (٦) . فعلى هذا التعليل لا يكون مال العبد مبيعاً معه ، فيصحّ البيع وإن كان الحال دينا ، أو غائباً ، أو مجهولاً ، أو مفضياً إلى الربا لكوّن كان مبيعاً فيه (٨) ، حتى لو كان مال العبد (٩) ألفى درهم . وقد اشتراه (١٠) بالف درهم صحّ الشراء ، وكان للمشتري أن ينتزع الألفين * (من يده ، ويدفع إحداها في ثمنه ، ويحصل لسه (١١))

-
- (*) معه : أثبتته من ب . وفي سائر النسخ : منه .
 (١) ثم يجوز للمشتري : أثبتته من ب ، وفي أ ، د : " ثم لا يجوز للسيّد " ويأباه السياق .
 (٢) ما بين القوسين ساقط من ج .
 (٣) ج : أن يشترط .
 (٤) لا : ساقط من ج .
 (٥) ج : " لعاد " وهو تصحيف .
 (٦) ما بين القوسين ساقط من د .
 (٧) لو : ساقط من ج .
 (٨) فيه : ساقط من ج .
 (٩) ب : " حال العبد " وهو تصحيف .
 (١٠) د : " اشترياه " وهو خطأ .
 (١١) له : ساقط من أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .

ألف وعهد بغير شيء^(١) دفعه من ماله .

وزهب أبو سميذ الإصطخري إلى أنّ تعليل جوازه^(٢) كون

المال تبعاً له ، فصحت الجهالة فيه وإن كان مبيعاً معه ، كما يجوز

البيع^(٣) مع الجهالة^(٤) * بتوابع المبيع من الحمل واللبن وحقوق

الدار والأرض . ولو أفردت^(٥) بالعقد ، لم يصحّ البيع مع الجهالة

به ، كذا مال العبد يجوز بيعه تبعاً للعبد ، وإن كان مجهولاً ،

ولا يصحّ بيعه مفرداً حتى يكون معلوماً . فأما الربا فلا يصحّ العقد إلّا

مع سلاته منه ؛ لأنّ الربا لا تصحّ^(٦) إباحته في البيوع^(٧) تبعاً ، ويصحّ

دخول الجهالة فيها تبعاً . فعلى هذا التعليل يجوز أن يشترط مال

العبد وإن كان غائباً أو مجهولاً / ، لجواز الجهالة في توابع العقد ، ١٢٦/ب

ولا يصحّ^(٨) إذا كان ماله ألفي درهم أن يبتاعه بألف درهم ، ولا

بألفي درهم ، لأجل الربا الذي لا يحلّ في العقود^(٩) قصداً ولا تبعاً .

والله أعلم .^(١٠)

(١) ج : " بغير شيء " من " وهو خطأ .

(٢) ج : " تعليله وجوازه " وهو خطأ .

(٣) البيع : ليس في ج .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) ج : ولو أفرد .

(٦) من ج . وفي أ ، د ، " لا يصح " وفي ب غير منقوط .

(٧) من ب . وفي باقي النسخ : " في الشرع " وهو متصغير .

(٨) من ب ، ج ، وفي أ ، د : " فلا يصح " ويأباه السياق .

(٩) ب : في العقد .

(١٠) والله أعلم : ليس في ج .

- مسألة -

- (١) قال الشافعي (١) : (وحرام التدليس ، ولا ينتقض به البيع .)
 وإنما كان التدليس حراماً لرواية الشافعي عن سفيان ، عن العلاء بن
 عبد الرحمن (٤) ، عن أبيه ، عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم مرّ برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه ، فإذا هو طعام جملول
 فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " ليس منا من غشنا " (٥) . وقال
 صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ : " لا خلافة في الإسلام " (٦) أي
 لا خديعة .

- (١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
 (٢) من م . أ : " ولا ينقض بالبيع " وفي ب ، د : " ولا ينقض به البيع "
 وفي ج : " ينقض به البيع " أي يسقط حرف العطف والنفي ،
 وهو خطأ .
 (٣) انظر : مختصر المزني ١٩٦ / ٢ .
 (٤) هو أبو شبل العلاء بن عبد الرحمن المدني ، الحرقى (بضم الحاء
 وفتح الراء) نسبة الى الحرقة مولا هم ، مختلف فيه . قال أبو حاتم :
 " صالح أنكر من حديثه أشياء " وقال في التقريب : " صدوق
 ربما وهم " توفي سنة ٣٢ ، أو ٣٩ هـ . انظر : الكشف ٣٦١ / ٢
 وتهذيب التهذيب ١٨٦ / ٨ ، والتقريب ص ٢٦٨ .
 (٥) أخرجه مسلم ٩٩ / ١ ، وأبو داود ٢٧٢ / ٣ ، والترمذي ٦٠٦ / ٣ ،
 وابن ماجه ٧٤٩ / ٢ كلهم بمعناه ولفظ أبي داود وابن ماجه
 أقرب من لفظ الماوردي .
 (٦) هذا جزء من حديث طويل ، وقد تقدّم الحديث بكامله في ص :

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا شوب ولا روب " (١) أى لا غش ولا تخليط . فان دلس في بيعه كان البيع صحيحا لا يبطل بتدليسه . (٢)

وقال داود بن علي (٣) : البيع باطل بالتدليس .

وهذا خطأ لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى (٤) عن التصرية ، وجعلها تدليسا . ثم قال : فمن (٥) ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعا . ولو كان البيع باطلا بالتدليس لرد ، ولم يخير . ولأن النهي إذا توجه إلى المعقود عليه كان مبطلا للعقد (٦) كالنهي عن بيع الملاسة والمناذة . وإذا كان لمعنى في المتعاقدين لم يكن النهي مبطلا للعقد (٦) كالنهي عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه . والنهي عن التدليس لمعنى (٧) في العاقد ، دون المعقود عليه ، فلم يكن النهي مبطلا له .

- (١) من ب ، ج . وفي أ ، د : " ولا روق " قلت : والحديث لم أجده له أصلا في دواوين السنة ، وذكره ابن الأثير في النهاية ٢٧١ / ٢ ، والزبيدي في تاج العروس ٢٨١ / ١ (روب) وابن منظور في اللسان ٤٣٩ / ١ .
- (٢) باتفاق المذاهب الأربعة : انظر : المغنى لابن قدامة ١٠٨ / ٤ ، والإفصاح ٢٥٥ / ١ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٩ ، وأسنى المطالب ٦٢ / ٢ ، والخرشي ١٣٣ / ٥ .
- (٣) انظر : المحلى لابن حزم ٦٥ / ٩ .
- (٤) ج : لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى .
- (٥) ب ، ج : من .
- (٦) ما بين القوسين ساقط من ب ، ج .
- (٧) من ب ، ج ، د . وفي أ : " التدليس ليس لمعنى " وهو خطأ .

- مسألة -

قال الشافعي ^(١) : (وأكره بيع العصير ممن يعصر الخمر ،
والسيف ممن يعصى الله تعالى به ^(٢) . ولا أنقض البيع ^(٣))

وانما كرهنا بيع العصير من التمر والزبيب والعنب على من يعصر
الخمر ، وبيع السيف ^(٤) للصوص وقطاع الطريق وأهل البغي ، لما فيه
من معاونتهم على المعصية به ^(٥) . وإن كان البيع صحيحاً لا مَرِين :

أحدهما : أن المعصية ليست في الحال ، وإنما هي مظنونة
في ثاني الحال ، فلم يمنع صحة البيع في الحال .

والثاني : أنه قد يجوز أن لا يعصى الله تعالى به ، فيجعل
العصير خلاً ، ويجاهد بالسلاح في سبيل الله تعالى ^(٦) .

(١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .

(٢) تعالى : ليس في م .

(٣) انظر : مختصر العزني ١٩٧/٢ .

(٤) السيف : ساقط من ب ، ج .

(٥) به : ليس في ج .

(٦) راجع في المسألة : المهذب ٢٧٤/١ ، والتنبيه ص ٦٤ ،

والمجموع ٢٥٣/٩ ، والروضة ٤١٦/٣ ، ومغني المحتاج ٣٧/٢
وفيه : " وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية " ، وشرح المحلى
١٨٤/٢ وفيه : " فان توهم اتخاذ إياها من البيع ، فالبيع
له مكروه ، أو تحقق فحرام أو مكروه ؟ وجهان . قال في الروضة :
" الأصح التحريم " . والمراد بالتحقق الظن القوي ، وبالتوهم
الحصول في الوهم أي الذهن " .

- فصل -

فأما بيع السلاح على أهل الحرب فحرام^(١) لما فيه من تقوية
أعداء الله على دين الله^(٢) . فان بيع السلاح عليهم لم يجز . وفي العقد
وجهان^(٣) : أحدهما : البيع باطل لتحريم إضائه . والثاني : صحيح
ولكن / يفسخ عليهم . والوجهان مخرجان من اختلاف قوليه فسي ١٢٧/أ
الذقي إذا اشترى عبدا مسلما أحدهما : أن^(٤) العقد باطل^(٥) .
والثاني : صحيح ولكن يفسخ عليه ، ويؤمر ببيعته^(٦) .
وأما المصحف إذا بيع عليه ، فيكون^(٧) العقد باطلا^(٨) في
أحد القولين^(٩) ،

-
- (١) باجماع أهل العلم . انظر : المجموع ٣٥٤/٩ .
(٢) ب ، ج : " على أهل دين الله " د : " على دين الله تعالى " .
(٣) والمذهب : بطلان البيع . والوجه الثاني ضعيف . انظر :
المجموع ٣٥٤/٩ .
(٤) أن : ليس في ب ، ج .
(٥) وهو أرجح قول الشافعي وبه قال أحمد ، وهي إحدى الروايتين
عن مالك . انظر : المغني لابن قدامة ١٩٩/٤ ، ورحمة الأئمة
ص ١٣٣ .
(٦) وبه قال أبو حنيفة ، وهي الرواية الأخرى عن مالك . انظر :
المرجعين السابقين .
(٧) ب ، ج : وكذا المصحف إذا بيع عليه يكون .
(٨) وبه قال أحمد وهي إحدى الروايتين عن مالك ، انظر : المرجعين
السابقين .
(٩) قلت : يوجد في المذهب الشافعي في بيع المصحف على الكافر
طريقان ، أحدهما أنه على قولين . أصحهما : أنه لا يصح . = =

وصحيحاً في القول الثاني ، لكن يفسخ (١) عليه . (٢)
وأما بيع أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الذمة ،
وبيع كتب الفقه عليهم ، فالبيع صحيح . (٣) وهل يفسخ عليهم ؟ على
وجهين :

أحدهما : يفسخ عليهم خوفاً من تبدلهم .
والثاني : لا يفسخ عليهم ، لأنهم ربما استدّلوا منها على صحة
الاسلام ، وعشهم ذلك على الدخول فيه . والله أعلم بالصواب .

✱ ✱ ✱

- == والثاني : يصح . والطريق الثاني - وهو أظهرهما - القطع
بالبطلان . انظر : الفتح ١٠٨/٨ ، والروضة ٣٤٤/٣ ،
والمجموع ٣٥٥/٩ ، والمغنى ٨/٢ ، وشرح المحلى ١٥٦/٢ .
(١) من ب ، ج . وفي أ ، د : يفسخ .
(٢) وبه قال أبو حنيفة وهي الرواية الأخرى عن مالك . انظر :
رحمة الأئمة ص ١٣٣ .
(٣) شدّ به الماوردي من بين أصحاب الشافعي حيث جزم بالجواز .
وأما سائر الأصحاب فقد ألحقوها بالمصحف . انظر : الفتح
١٠٨/٨ والروضة ٣٤٤/٣ ، والمجموع ٣٥٥/٩ ، والمغنى
٨/٢

[- باب بيع البراءة -]

قال الشافعي رحمه الله ^(١) : (وإذا باع الرجل شيئاً من
الحيوان بالبراءة ، فالذي أذهب ^(٢) إليه قضاء عثمان ^(٣) : أنه
برئ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ، ولم يستمه له ويقفه ^(٤)
عليه تقليداً ، وأن الحيوان يفارق ما سواه ^(٥) ، لأنه يفتدى بالصحة
والسقم ، وتحول طباعه ^(٦) ، ولما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر ^(٧) ،
وإن صح ^(٨) في القياس - لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره -
أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ^(٩) ولو ساءها لاختلافها ، أو يبرأ من كل ^(١٠)
عيب ، والأول أصح . ^(١١)

إعلم أن البيع بشرط البراءة من العيوب على ثلاثة أضرب :

-
- (١) د : رضي الله عنه .
(٢) د : " ذهب " وهو خطأ .
(٣) م : عثمان رضي الله عنه .
(٤) أ ، د : " ولم يقفه " والمثبت من ب ، ج ، م وهو الانسب .
(٥) م : فإن الحيوان مفارق لما سواه .
(٦) ب ، د : طباعه .
(٧) قال الرافعي في الفتح ٣٤٠/٨ " ومعناه : أنه يفتدى ويأكل
في حالتي صحته وسقمه ، وتحول طبيعته ، وقل ما ينفك عن
عيب خفي أو ظاهر ، فيحتاج البائع إلى هذا الشرط ليثق بلزوم
البيع " .
(٨) من ب ، ج - وفي أ ، د : " وإذا صح " وفي م : " وإن أصح " .
خطأ .
(٩) ج : " من عيوب تخفى أو تظهر لم يرها " م : " من عيوب تخفى له
لم يرها " .
(١٠) كل : ساقط من ج .
(١١) انظر : مختصر العزني ١٩٨/٢ .

أحدها : أن (١) يبرأ من عيوب سّأها ، ووقف المشتري عليها .

والثاني : أن يبرأ من عيوب سّأها ، ولم يقف المشتري عليها .

والثالث : أن يبرأ من كل عيب بها من غير أن يسميها
ولا وقف (٢) المشتري عليها .

فأما الضرب الأول : وهو أن يبرأ من عيوب سّأها ووقف المشتري عليها ، فهذه (٣) براءة صحيحة ، صيغ (٤) جائز ، لانتفاء (٥) الجهالة عن البراءة ، ولزوم الشرط (٦) في العقد . فان وجد المشتري بالبيع غير تلك العيوب كان له الرد ، وان لم يجد إلّا تلك فليس له الرد .

- فصل -

وأما الضرب الثاني : وهو أن يبرأ من عيوب سّأها ولم يقف المشتري عليها ، فهذا على ضربين : أحدهما : أن تكون العيوب لازمة ، كالبرص والجذام (٧) . والثاني : أن (٨) تكون غير لازمة ، كالسرقة والإباق .

فان كانت غير لازمة ، صحت البراءة بالتسمية (٩) / ؛ لأنها ١٢٧ ب

(١) أن : ساقط من د .

(٢) ج : ولا يقف .

(٣) ج : " وهذه " وهو خطأ .

(٤) ج : " من بيع " وهو خطأ .

(٥) ج : " لا تنتفى " وهو تصحيف .

(٦) ج : شرط .

(٧) من ب ، ج . وفي أ ، د : " والجراح " وهو تصحيف .

(٨) أن : ساقط من ج .

(٩) وقد حكى الرافعي عدم الخلاف في ذلك . انظر : الفتح ٣٤٠ / ٨ .

غير مشاهدة فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى بالتسمية لها .

(وإن كانت لازمة ، فانه لا يكتفى بالتسمية لها) ^(١) حتى

يقف عليها ويشاهدها ، لأنّ لنقص العيب قسطاً ^(٢) من الثمن ، يزيد

بزيادة العيب ^(٣) ، وينقص بنقصه ^(٤) ، فصارت التسمية لها مع عدم

شاهدتها جهلاً بها .

- فصل -

وأما الضرب الثالث - وهو ^(٥) أن ^(٦) يبرأ إليه من كل عيب

بها من غير أن يسميها ، ولا وقف ^(٧) المشتري عليها - : فالذي نصّ عليه الشافعي في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ^(٨) أنّ الذي يذهب ^(٩)

إليه في الحيوان قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه يبرأ من كل عيب

لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ، ^(١٠) (حتى يسميه للمشتري ويقفه عليه) ^(١١) ،

تقليداً ، وأنّ الحيوان يفارق ما سواه .

(١) ما بين القوسين ساقط من جـ .

(٢) ج : " قسط " وهو خطأ .

(٣) د : " الثمن " وهو خطأ .

(٤) ج ، د : بنقصانه .

(٥) ج : فهو .

(٦) أن : ساقط من د .

(٧) ب ، ج : ولا يقف .

(٨) أنظر : الأم ٩٠ / ٧ .

(٩) د : ذهب .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من د .

(١١) أ ج : " للبائع " والتصويب من ب .

وقال في اختلافه ومالك^(١) : ولو ذهب ناهب إلى أن من باع بالبراة يرى ما علمه ومّا لم يعلمه^(٢) ، لكان مذهبا يجد فيه حجة .
فاختلف^(٣) أصحابنا ، لا اختلاف نصّه على ثلاثة مذاهب^(٤) :

أحدها - ^(٥) وهو مذهب أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن خيران :-
أنّ السّألة على قول واحد ، وهو أن يبرأ في الحيوان من كل عيب لم يعلمه ،
دون ما علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان من عيب أصلا ، سواء علمه أو لم يعلمه ، ولم يخرجها^(٦) ما قاله في اختلافه ومالك قولاً آخر^(٧) لاحتاله .

والمذهب الثاني - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة :- أنه يبرأ في الحيوان ممّا لم يعلمه دون ما علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان ممّا علمه .
وهل يبرأ ممّا لم يعلمه ؟ على قولين .

- (١) لم أجد نصّه في الكتاب المذكور .
- (٢) ب ، ج : ممّا علم ومّمّا لم يعلم .
- (٣) د : فاختلف فيه .
- (٤) انظر : الفتح ٣٤٠ / ٨ وفيه : " ويخرج من منقول الإمام -
أبي الجويني - طريقة رابعة ، وهي إثبات ثلاثة أقوال في الحيوان
وغيره ، وثالثها : الفرق بين المعلوم وغيره " والروضة ٤٧١ / ٣ ،
والتكلمة ٣٥٨ / ١٢ وحكى طريقة خامسة ، وهي القطع فــــي
الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وإجراء الأقوال الثلاثة
في غير الحيوان .
- (٥) وهو الأصحّ عند ابن عسرون ، وقال الجويني : إنه الأليق بكلام
الشافعي ، ونسبه في المجرد إلى عامة أصحاب الشافعي .
انظر : التكلمة ٣٥٨ / ١٢ .
- (٦) ج : " ولم يخرج " أي بسقوط الحرفين الأخيرين .
- (٧) ب : " قولاً له " ج : " قولاً واحداً له " .

والمذهب الثالث - (١) وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي سعيد الإصطخري وأبي حفص بن الوكيل - : أنَّ المسألة على ثلاثة أقاويل :

أحدها : أنه يبرأ من كل عيب علمه أو لم يعلمه ، في الحيوان وغير الحيوان . (وهذا قول (٢) أبي حنيفة) (٣) .
والقول الثاني : (٤) أنه لا يبرأ (٥) من كل (٦) عيب (٧) (يوجد ، سواء علمه ، أو لم يعلمه ، في الحيوان ، وغير الحيوان) (٨)

-
- (١) وهو أشهر الطرق وأصحها لدى جمهور الشافعية .
 أنظر: الفتح ٣٣٩/٨ ، والروضة ٤٢٠/٣ .
- (٢) مه قال أبو ثور ، كما روى عن ابن عمر ، وزيد بن ثابت أيضا :
 التكملة ٣٥٧/١٢ . وهو رواية عن مالك : القوانين ٢٩٢ ،
 والإفصاح ٢٢٦/١ . وقول لأحمد مخرّج من روايته التي تجيز
 البراءة من المجهول : المغني لابن قدامة ٣٥/٤ .
- (٣) ما بين القوسين أثبتته من ب ، ج ، ولا يوجد في أ ، د . وانظر في
 مذهب أبي حنيفة - إضافة إلى المراجع السابقة - : البدائع
 ٣٨٠/٧ ، وفتح القدير ٣٩٦/٧ ، والتبيين ٤٣/٣ .
- (٤) وهو رواية عن أحمد ، مه قال إبراهيم النخعي ، والحكم ، وحماد ،
 كما روى عن عطاء ، والحسن ، وإسحاق أيضا . وعن أحمد رواية
 أخرى : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب
 علمه . ويروى ذلك عن عثمان أيضا . انظر : المغني لابن قدامة
 ١٣٥/٤ .
- (٥) د : " أنه يبرأ " بسقوط أداة النفي .
- (٦) كل : ساقط من ب .
- (٧) ما بين القوسين ساقط من ج .
- (٨) ما بين القوسين أثبتته من ب . ولا يوجد في باقي النسخ .

والقول الثالث ^(١) : أنه يبرأ في الحيوان مّا (لم يعلمه
دون ما) ^(٢) علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان ، لا ^(٣) مّا علمه ،
ولا مّا لم يعلمه .

فإذا قيل بالاول - إنه يبرأ من كل عيب ، وهو مذهب ^(٤) أبي
حنيفة - فوجهه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (" المؤمنون عند
شروطهم ") ^(٥) ولما روى أنّ رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم ^(٦) في مواريث قد درست وتقادمت ، فقال لهما النبي صلى الله
عليه وسلم : " إنكم لتختصمون " ^(٧) إليّ ، ولعلّ أحدكم ألحن بحجته ، ^(٨)
فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذها ، إنما أقطع له قطعة من النار
فبكيا ، وقال كلّ واحد منهما : قد تركت حقّي لصاحبي . فقال النبي ^(٩)
صلى الله عليه وسلم : " لا ولكن اقتصما ، واستهما " ^(١٠) / وليحلّل ١/١٢٨

-
- (١) وهو أظهر الأقوال وأصحّها لدى الشافعية . انظر : الفتح
٣٣٩/٨ قال : ويروى عن مالك ، والروضة ٣/٧٠ ، والتكملة
٣٥٨/١٢ .
- (٢) ما بين القوسين أثبتته من ب ، ج . وهو ساقط من أ ، د .
- (٣) ج : " إلّا " وهو خطأ .
- (٤) ب ، ج : وهو قول .
- (٥) تقدّم تخريجه في ص : ٢٦٠ .
- (٦) ما بين القوسين ساقط من د .
- (٧) ب ج : تختصمون .
- (٨) اللحن : الميل عن جهة الاستقامة يقال " لحن فلان في كلامه " .
إذا مال عن صحيح المنطق . وأراد : أنّ بعضكم يكون أعرف
بالحجة وأفطن لها من غيره . انظر : النهاية لابن الأثير ٤/٢٤١ .
- (٩) النبيّ : ليس في ج .
- (١٠) استهما : أي اقترعا . انظر : المختار ص ٣١٩ .

كل واحد منكما صاحبه * (١)

فلما أمرهما بالتحلل من الموارث المتقادمة المجهولة دل على جواز الإبراء من المجهول . ولأن الإبراء إسقاط حق ، فصح مجهولا ومعلوما (٢) ، كالعتق والطلاق (٣) (٤) . ولأن ما لا يفتقر إلى التسليم ، يصح مع الجهالة (٥) كالعتق (٦) ، وما يفتقر إلى التسليم ، لا يصح مع الجهالة كالبيع ، فلما كان الإبراء لا يفتقر إلى التسليم ، صح في المجهول .

وإذا قيل بالثاني - إنه لا يبرأ من عيب - فوجهه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الفرار ، والإبراء (٧) من المجهول غرر ؛ لأنه لا يقف له على قدر . ولأن الإبراء كالهبه ، غير أن الإبراء يختص (٨)

-
- (١) روى هذا الحديث مطولا ومختصرا من حديث أم سلمة رضي الله عنها مرفوعا ، أخرجه البخاري ٢٣٥/٣ ، ومسلم ٣٣٧/٣ ، وأبو داود ٣٠١/٣ ، والترمذي ٦٢٤/٣ ، والنسائي ٢٠٥/٨ ، وابن ماجه ٧٧٧/٢ ، ومالك في موطئه ٧١٩/٢ ، وأحمد في مسنده ٣٢٠/٦ ، وابن أبي شيبة ٢٣٤/٢ ، وابن الجارود ص ٣٢٣ ، والدارقطني ٢٣٩/٤ ، والبيهقي ٦٦/٦ .
- (٢) د : معلوما ومجهولا .
- (٣) والطلاق : ليس في ج .
- (٤) أي : أن المرء إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه ، أو طلق إحدى زوجتيه لا بعينها ، وقع العتق والطلاق في واحد منهما لا بعينه ، وله أن يعتن العتق والطلاق فيمن شاء منهما . راجع : المهذب ٥/٢ ، ١٠١ ، والتنبية ص ٩٧ ، ١١٦ .
- (٥) د : " في الجهالة " وهو خطأ .
- (٦) كالعتق : ليس في ج .
- (٧) أ : " والفرار " والتصويب من باقي النسخ .
- (٨) ب : اختص .

بما في الذمة ، والهبة بالأعيان القائمة ، فلما لم يصح هبة المجهول ،
لم يصح الإبراء من المجهول . ولائاً كل جهالة يمكن ^(١) الاحتراز منها
لم يعرف عنها ، كالجهالة ^(٢) بالبيع إذا لم يره ، وكل جهالة لم يمكن
الاحتراز منها عفى عنها ، كالجهالة ^(٣) بتوابع البيع ، كالأساس ، وأطراف
الأجذاع ، وطقى البئر ^(٤) ، فلما أمكن الاحتراز من الجهالة في الإبراء ،
وجب أن تكون الجهالة مانعة من صحة الإبراء . ولائاً الرد بالعيب
مستحق بعد لزوم العقد ، فلم يجز أن يسقط ^(٥) بشرط قبل لزوم العقد ،
لأنه إسقاط حق قبل وجوبه ، ألا ترى أن الشفيع لو عفا قبل الشراء ، لم
تسقط شفاعته بعد الشراء ، لأنه أسقطها قبل وجوبها ، كذلك البيع بشرط
البراءة .

وإذا قيل بالثالث - إنه يبرأ في الحيوان مما لم يعلمه دون ما
علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان ما علمه ومما لم يعلمه - فوجهه قضاء عثمان ^(٥) ،
وهو ما روى : " أن زيد بن ثابت ابتاع من عبد الله بن عمر عبداً بثمانمائة
درهم على شرط البراءة ^(٦) ، فوجد زيد ^(٧) بالعبد عيباً ، فأراد رده

(١) يمكن : أثبتته من ب ، وفي أ ، د : " لم يمكن " وهو خطأ . وفي

ج : " كل " وهو تصحيف .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) الطق : ضمن الشيء أو داخله . انظر : المعجم الوسيط ٥٧٣/٢ .

(٤) من ب ، ج ، د . وفي أ : " أن يشترط " وهو تصحيف .

(٥) ج : عثمان رضي الله عنه .

(٦) د : على الشرط بالبراءة .

(٧) زيد : ساقط من ج .

على ابن عمر ، فلم يقبله ، فتحاكما فيه ^(١) إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه ، فقال لابن عمر ^(٢) : أتخلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فاتقوا اليمين ، فاسترد العبد ، فباعه بألف وستمئة درهم ، وقال : تركت اليمين لله تعالى ^(٣) ، فعوّضني ^(٤) عنها ^(٥) . ^(٦)

فقد قضى عثمان ^(٧) بالفرق في عيوب الحيوان بين ما علم وبين ^(٨) ما لم يعلم ، وحكم بالبراءة مما لم يعلم ، وتابعه زيد ، وابن عمر ، لأنّ زيدا رضي الله عنه ^(٩) رضي بقضائه . وابن عمر لم يقل بخلافه ، وإنما امتنع من قبوله ، لأنّ العيب مما لم يعلم به .

-
- (١) فيه : ليس في أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .
 (٢) لابن عمر : ليس في أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .
 (٣) تعالى : ليس في ب ، ج .
 (٤) د : فعوّضني الله .
 (٥) عنها : ليس في ب ، ج .
 (٦) رواه مالك في موطئه ٦١٣/٢ والبيهقي في سننه ٣٢٨/٥ وصححه وذكر كلاهما أنه باعه في المرة الثانية بألف وخسمائة درهم ، وابن أبي شيبه ٢١٢/٦ ، وعبد الرزاق ١٦٢/٨ كلهم بمعناه ، ولم يسم أحد منهم المشتري . وراجع أيضا : التكملة ٣٥٦/١٢ ، والتلخيص الحبير ٢٤/٣ .
 (٧) ج : " عثمان رضي الله عنه " د : " عمر " وهو خطأ .
 (٨) بين : ليس في ج ، د .
 (٩) ج : بزيادة : " رضي الله عنهما " .
 (١٠) رضي الله عنه : ليس في ب ، ج .

فان قيل : فاذا كان هذا إجماعا ، فهلا استدلل الشافعي به ،

ولم يجعله تقليدا لعثمان ؟ قيل : لأن التصريح بالحكم إنما كان من

عثمان ، دون زيد بن ثابت ^(١) ، وابن / عمر - وإنما كان إساكهما ب/١٢٨
اتباعا لعثمان رضي الله عنه . ^(٢)

فان قيل : لم قلّد عثمان في هذا الحكم ، والتقليد عنده ليس

بحجّة ؟ ^(٣) قيل : لأن قول عثمان في هذا الموضع حجّة على مذهب

الشافعي رحمه الله ، ^(٤) في القديم والجديد ، وان لم يجز التقليد

عنده . أمّا على قوله في القديم ، فلاّنه كان يرى قول الواحد من الصحابة

إذا انتشر ولم يظهر خلافه حجّة يقدّم على القياس ، لا سيّما إذا كان

إماما . وأمّا على قوله في الجديد : فلاّنه يرى أنّ قياس التقريب إذا انضمّ

إلى قول صحابي ، كان أولى من قياس التحقيق ^(٥) وقد انضمّ إلى قضاء

(١) ب ، ج : " زيد " فقط .

(٢) رضي الله عنه : ليس في ب ، ج .

(٣) أنظر في معنى التقليد وحكمه : الإحكام للأمدى ٢٤٥/٣ وفيه :

" أمّا التقليد : فعبارة عن العمل بقول الغير من غير حجّة

ملزمة ، وهو مأخوذ من تقليده بالقلادة ، وجعلها في عنقه ، وذلك كالأخذ

بقول العامي ، وأخذ المجتهد بقول من هو مثله . وعلى هذا

فالرجوع إلى قول النبي صلى الله عليه وسلّم ، وإلى ما أجمع عليه

أهل العصر من المجتهدين ، ورجوع العامي إلى قول الفتى ،

وكذلك عمل القاضي بقول العدول ، لا يكون تقليدا ، لعدم عدوله

عن الحجّة الملزمة ، ومقدّمة الحاوي للماوردي ٩/ب ، وروضة الناظر

ص ٢٠٥ ، وارشاد الفحول ص ٢٦٥ .

(٤) رحمه الله : ليس في باقي النسخ .

(٥) تقدّم معنى قياس التحقيق والتقريب في ص : ٥٦٩ .

عثمان قياس تقريب فصار به ^(١) حجة يقدم على قياس التحقيق ، وهو ما ذكره الشافعي من أن الحيوان يفارق ما سواه ، لأنه يفتدى بالصحة والسقم ، وتتحول ^(٢) طباعه ^(٣) ، ولما يخلو من عيب ، وإن خفي ، فلم يمكن الاحتراز من عيوبه الخفية ^(٤) بالإشارة إليها ، والوقوف ^(٥) عليها ، وليس كذلك غير الحيوان ، لأنه قد يخلو من العيوب ، ويمكن الاحتراز منها بالإشارة إليها لظهورها ، فدل على افتراق الحيوان وغيره من جهة المعنى ، مع ما ذكره من قضية ^(٦) عثمان ^(٧) .

- فصل -

فإذا تقرّر ما ذكرنا من توجيه الاقوال ، انتقل الكلام إلى التفريع عليها . فإذا قلنا بالقول الأول - إنه يبرأ من كلّ العيوب - فانما يبرأ من كلّ عيب كان به قبل العقد ، سواء كان معلوما ظاهرا ، أو غير معلوم خفياً . وأما ما حدث به من العيوب بعد العقد وقبل القبض فانسه لا يبرأ منها ، وللمشتري فسخ البيع بها ، وانما لم يبرأ منها لحدوثها ، وأن الإبراء لا يصح من الحقوق قبل وجوبها . فلو اختلفا في العيب

(١) به : ساقط من ب ، ج ، وفي ب : " فصارا " .

(٢) ج ، د : يحول .

(٣) ب ، د : طباعه .

(٤) من ب ، ج ، د . وفي أ : " الا الخفية " وهو خطأ .

(٥) د : والوقف .

(٦) ب ، د : من قصة .

(٧) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذب ٢٩٥/١ ،

والحلية للرويانى ٢٥/ب ، والفتح ٣٣٨/٨ ، والروضة ٤٢٠/٣ ،

والتكملة ٣٥٦/١٢ ، والمغنى ٥٣/٢ ، والنهاية ٣٦/٤ ، وشرح

المحلّى ٢٠٠/٢ ، ورحمة الأئمة ص ١٤٢ .

فقال المشتري : هو حادث بعد العقد وقبل القبض فليفسخ البيع به
وقال البائع : هو متقدم قد برئت منه ، فليس لك الفسخ به ، وأمكن ما قلناه
ففيه وجهان ^(١) من اختلاف أصحابنا في العلة في اختلاف ^(٢) البائع
والمشتري في العيب إذا ادعى ^(٣) المشتري تقدم العيب ليفسخ به
العقد ، (وادعى البائع تأخر العيب ليمنع من الفسخ ، فالقول قول
البائع ^(٤) في تأخر العيب ، ولا يملك المشتري الفسخ) ^(٥) .

لكن ^(٦) اختلف أصحابنا في العلة الموجبة لذلك . فمنهم
من قال : إن العلة فيه أن ^(٧) حدوث العيب يقين ، وتقدم شك . ومنهم
من قال : إن العلة فيه ^(٨) أن دعوى المشتري يقتضى الفسخ ، ودعوى
البائع يوجب الإضاة .

-
- (١) انظر : تكملة السبكي ٣٧٢/١٢ ، والمغني ٣/٢ ذكرهما نقلاً
عن الحاوي ، قال الشربيني : وهو أخذ من كلام المصنف أن
البائع هو المصدق .
- (٢) من ب ، ج . وفي أ ، د : " واختلاف " وهو خطأ .
- (٣) من ب ، ج . وفي أ ، د : " فادعى " .
- (٤) أي مع يمينه . راجع : التنبيه ص ٦٧ ، والحلية للرويانى ٧٥/أ
والمنهاج مع المغني ٦١/٢ .
- (٥) هكذا في أ ، د . وفي ب ، ج : توجد ما بين القوسين عبارة :
" وادعى البائع حدوثه في يد المشتري ليمنع فسخ البيع أن
القول قول البائع في حدوث العيب ، ولا فسخ للمشتري " .
- (٦) لكن : ليس في ج .
- (٧) أن : ساقط من ج .
- (٨) فيه : أثبت من ب ، ج . وليس في أ ، د .
- (٩) أن : ليس في د .

فعلى قول / من عُلِّل بأن حدوث العيب يقين وتقدّمه شك ١/٢٩
(فكان اليقين أولى أن يجعل القول في هذه المسألة قول المشتري) (١)
ويجعل له الفسخ ؛ لأنّ دعواه يقتضي (٢) حدوث العيب (٣) دون
تقدّمه .

وعلى قول من عُلِّل بأن ما أوجب الإضاء أولى ممّا اقتضى الفسخ ،
فجعل القول في هذه المسألة قول البائع ، وينع المشتري من الفسخ ؛ لأنّ
دعوى البائع يقتضي الإضاء دون الفسخ .

وإذا قلنا بالقول الثاني - إنه لا يبرأ من شيء من العيوب -
فقد بطل (٤) اشراط البراءة فعلى هذا هل (٥) يبطل البيع ببطلان
الشرط أم لا ؟ على وجهين : (٦)

أحدهما - وهو قول أبي العباس بن سريج - : أنّ البيع
صحيح والشرط باطل ؛ لأنّ الشرط من توابع المبيع ، فلم يعمل في صحته . (٧)

والوجه الثاني - وهو قول جمهور أصحابنا - : أنّ البيع باطل ،
لبطلان الشرط ؛ لأنّ شرط نافي موجب العقد كسائر الشروط المبطلّة للعقد .

-
- (١) ما بين القوسين ساقط من د .
(٢) ب ، ج : يتضمّن .
(٣) العيب : ساقط من ج .
(٤) د : فهذا يبطل .
(٥) هل : ساقط من ج .
(٦) انظر : الفتح ٣٤٠ / ٨ وفيه : " أظهرهما : أنه يصح ، لاشتهار
القصة المذكورة بين الصحابة رضي الله عنهم ، وعدم إنكارهم ، وأيضاً
فانه شرط يوّكّد العقد ويوافق ظاهر الحال ، وهو السلامة عن
العيوب " والروضة ٤٧١ / ٣ وقال عن الوجه الأول بانه الأصح ،
وشرح المحلّى ٢٠٠ / ٢ .
(٧) ب ، ج : فلم يقدح في صحّة البيع .

وإذا قلنا بالقول الثالث - إنه لا يبرأ من عيوب غير الحيوان ،
ويبرأ مما لم يعلمه من عيوب الحيوان - فقد اختلف أصحابنا في المراد بما لم
يعلمه على وجهين : (١)

أحدهما : أن المراد به ما لم يكن معلوما لخفاؤه سواء علمه
البائع أو لم يعلمه .

والثاني : أن المراد به (٢) ما لم يعلمه البائع لجهله به ،
سواء كان ظاهراً أو خفياً . والله أعلم . (٣)

* * *

(١) انظر : الفتح ٣٤١ / ٨ ، والروضة ٤٧١ / ٣ .

(٢) به : ساقط من ب .

(٣) ج : والله تعالى أعلم بالصواب .

(١)

[باب الاستبراء في البيع -]

قال الشافعي رحمه الله^(٢) : (وإذا باعه جارية لم يكن
لواحد منهما^(٣) فيها مواضة^(٤) فإذا دفع الثمن ، لزم البائع التسليم ،
ولا يجبر واحد منهما على إخراج ملكه من يده إلى غيره) إلى آخر
الفصل . (٥)

ومقدمة هذه المسألة أن الأمة المشتراة يجب استبراءها^(٦) ،
(لكن اختلفوا هل يجب استبراءها^(٧) على البائع أو على المشتري ؟)

-
- (١) م : باب بيع الأمة .
(٢) ب ، د : " رضي الله عنه " م : " الشافعي " فقط .
(٣) م : لأحد منهما .
(٤) والمراد : وضعها عند عدل ، بل تسلّم الجارية لشترتها ، وعليه
أن لا يطأها حتى يستبرئها . انظر : المصباح ص ٦٦٣ .
(٥) انظر : مختصر المزني ١٩٦/٢ وتام الكلام : " ولو كان لا يلزم
دفع الثمن حتى تحيض وتظهر ، كان البيع فاسداً ، للجهل
بوقت دفع الثمن . وفساد آخر أن الجارية لا مشتراة شراء العين
فيكون لصاحبها أخذها ، ولا على بيع الصفة فيكون الأجل
معلوماً ، ولا يجوز بيع العين إلى أجل ."
(٦) الاستبراء لغة : طلب البراءة ، وشرعا : تربيص الأمة مدة
بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً ، لمعرفة براءة الرحم ، أو
للتعبد . انظر : المغني ٤٠٨/٣ ، وشرح المحلى ٥٨/٤ .
(٧) ما بين القوسين ساقط من جـ .

فمذهب الشافعي (١) وأبي حنيفة (٢) ومالك (٣) وجمهور الفقهاء (٤)
أن الاستبراء يجب على المشتري في ملكه دون البائع.

وقال عثمان البتي (٥) : الاستبراء واجب على البائع دون المشتري
وقال الحسن البصري ، وإبراهيم النخعي ، وسفيان (٦) الثوري (٧) : أن

-
- (١) انظر : التنبيه ص ١٢٧ ، والمهذب ١٥٤/٢ ، والروضة
٤٢٧/٨ ، وفيها : " لا يجب على بائع الأمة استبراءها
قبل البيع ، سواء وطئها أم لا ، لكنه يستحب إن كان وطئها
ليكون على بصيرة منها " والمنهاج مع المغني ٤٠٨/٣ .
- (٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٩٠ ، وتحفة الفقهاء ١٦٦/٢ وفيها :
" إن الاستبراء ، يجب على المشتري ، ويستحب للبائع " والبسوط
١٥١/١٣ والبدائع ٣٢٦٩/٧ .
- (٣) قلت : مذهب الذي يوجد في كتب أصحابه وغيرهم هو : أنه
يجب على البائع والمشتري كليهما ، ولكنهما لو اتفقا على استبراء
واحد ، جاز . انظر : القوانين ص ٢٦٥ ، والخرشي ١٦٣/٤ ،
وتحفة الفقهاء ١٦٦/٢ ، والبسوط ١٥١/١٣ ، ونيل الأوطار ،
٣٤٥/٦ .
- (٤) انظر : المغني ١٤٨/٨ لابن قدامة وفيه : " وهذا قال
الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم " .
- (٥) انظر : المرجع السابق .
- (٦) قلت : وهو أيضا رواية عن أحمد : المغني ١٤٨/٨ . وحكى
عن الهادي ، والناصر ، ومالك : نيل الأوطار ٣٤٥/٦ .
- (٧) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، من بني
ثور بن عبد مناف ، من مضر . أمير المؤمنين في الحديث ، وأحد
أئمة تابعي التابعين ، كان صاحب مدرسة فقهية متبوعة ، ثم
انقرض أتباعه ، له من الكتب " الجامع الكبير " و " الجامع

الاستبراء واجب على البائع وعلى (١) المشتري .

فأما عثمان البتيّ فانه استدلل بأن الحرّة لما وجب استبراؤها قبل عقد النكاح ، اقتضى أن تكون الأئمة يجب استبراؤها قبل عقد البيع .

وأما الحسن البصري ومن تابعه فانه استدلل بأن الاستبراء يجب

لحفظ الماء ، فوجب على البائع أن / يستبرئ لحفظ ماء السالف ، ١٢٩/ب
ووجب على المشتري أن يستبرئ لحفظ ماء الآنف .

والدلالة على الفريقين : ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال لا صحابه في سبي هوازن : * ألا لا توطأ حامل ، حتى تضع ، ولا
هائل حتى تحيض * . (٢) فوجه الدليل منه على عثمان البتيّ أن النبي
صلى الله عليه وسلم نهى الخانمين عن الوطء حتى يستبرئوا بعد حدوث
الملك ، فوجب أن يكون الاستبراء في البيعة بعد حدوث الملك وموضع
الدليل منه على الحسن البصري أنه نهى عن الوطء حتى يوجد استبراء
واحد (٣) ، وهو يمنع منه حتى يكون الاستبراء مرتين .

ثم الدليل عليهم (٤) من طريق المعنى أن البائع لا يجب عليه

====
الصفير * كلاهما في الحديث ، وكتاب في الفرائض . ولد بالكوفة
سنة ٩٢ هـ ، وتوفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ . انظر ترجمته في :
الجرح ٥٥/١ ، وتاريخ بغداد ١٥١/٩ ، وتهذيب الأسماء
٢٢٢/١ ، والأعلام ١٥٨/٣ .

(١) على : ليس في د .

(٢) تقدّم تخريجه في ص : ٦٨١ هامش : ١ .

(٣) من ب ، ج ، د وفي أ : " الواحد " .

(٤) ب ، ج : عليهما .

استبراء ، هو : (١) أن بقاء ملك البائع (٢) يوجب (٣) إباحة الاستمتاع ، فلو وجب عليه أن يستبرأ. لكن (٤) الملك باقيا ، والاستمتاع محترما ، وإرادة البيع لا توجب انتقال الملك ، فوجب أن لا توجب تعريض الاستمتاع . ولأن الأمة موطوءة في ملك ، فاقضى أن يجب استبراءها بعد زوال الملك كالزوجة .

وأما الجواب عن استدلال عثمان البتي بأن الحرية لما وجب استبراءها قبل عقد النكاح ، اقتصى أن يجب استبراء الأمة قبل عقد البيع ، فمن وجهين :

أحدهما : أن الحرية لما لم يجر عقد نكاحها إذا كانت محرمة بنسب أو رضاع ، (لم يجر عقد نكاحها إلا بعد الاستبراء ، ولما جاز ابتياع (٥) الأمة وإن كانت محرمة بنسب أو رضاع (٦)) ، جاز ابتياعها قبل الاستبراء .

والثاني : أن معنى الحرية والأمة متفق في أن (٧) الاستبراء بعد زوال الملك ، إلا أن الحرية يزول الملك عن وضعها إلى غير مالك ،

- | | |
|-----|--|
| (١) | ج : وهو . |
| (٢) | ب : الملك للبائع . |
| (٣) | ج : " لا يوجب " وهو خطأ . |
| (٤) | ب : " أن يشتري لكان " وهو تصحيف . |
| (٥) | من ب ، د . وفي أ : " جاز أن ابتياع " وهو خطأ . |
| (٦) | ما بين القوسين ساقط من ج . |
| (٧) | أن : ليس في أ ، د . وأثبتته من ب ، ج . |

فيعقبه الاستبراء ، والامة يزول الملك عن رقبتها الى مالك فيعقبه الاستبراء .

وأما الجواب عن استدلال الحسن بأنهما ^(١) ماآن ، فوجب لكل واحد منهما استبراء ماء ^(٢) ، فهو ^(٣) أن الاستبراء لما واحد ، وهو البائع السالف دون المشتري الآنف . ألا ترى أن استبراء الحرّة أغلظ من استبراء الامة ، لأنها تستبرأ بثلاثة أقراء ^(٤) ، والامة بقراء واحد ، فلما وجب على الحرّة استبراء ^(٥) واحد مع تغليظ حالها ^(٦) ، فالامة مع خفة أمرها أولى أن يلزمها استبراء واحد .

فصل

فإذا ثبت أن استبراء الامة يجب في ملك المشتري دون البائع ، فللمشتري أن يتسلمها ليكون الاستبراء على يده ، سواء كانت جميلة أو قبيحة ^(٧) .
وقال مالك ^(٨) : إن كانت جميلة وجب أن توضع في مسدّة الاستبراء على يد عدل ، وإن كانت قبيحة جاز أن تستبرأ في يد المشتري ؛

-
- (١) ج : " فانهما " وهو تصحيف .
(٢) ما : أثبتته من ج ، ولا يوجد في باقي النسخ .
(٣) ج : " وهو " ويأبى السياق .
(٤) أقراء جمع قرء بفتح القاف ، من الاضداد يطلق على الحيض ، وعلى الطهر . انظر : المختار ص ٥٢٦ .
(٥) استبراء : ساقط من ج .
(٦) د : " حالهما " وهو خطأ .
(٧) انظر : المحلى لابن حزم ٤٢٧/٨ ، وفيه : " وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وأبي سليمان " .
(٨) قلت : هذا هو مذهب مالك المشهور عنه ، وقيسل : ==

لأنَّ الجميلة تدعوه ^(١) الشهوة إليها ، فلا يؤمن / من المشتري ١٣٠/أ
أن تغلبه الشهوة على وطئها قبل الاستبراء وليس كذلك القبيحة .

ودليلنا : أنَّ رسول الله صَلَّى الله عليه وسلَّم أمر الغانمين بالاستبراء

بعد حصول السبي ^(٢) بأيديهم ، فكذلك المشتري . (ولأنَّه استبراء لاستحداث
ملك ، فوجب أن يكون عند المشتري) ^(٣) كالقبيحة (الوخشة) ^(٤) . ولأنَّ كلَّ
سبب إذا ملك به ^(٥) القبيحة ^(٦) كان استبراءها عند المالك ، (فوجب
إذا ملك به ^(٧) الجميلة أن يكون استبراءها عند المالك) ^(٨) كالسبي ،
فإن ^(٩) مالكا يوافق عليه . ولأنَّه سلَّم ما لزمه من الثمن ، فوجب أن
يستحقَّ تسليم الثمن ^(١٠) كسائر المبيعات . ولا يدخل عليه السلم ؛

====
إنَّ المواضع مستحبة وليست بواجبة . راجع : المرجع السابق ،
والمنتقى ٢٠٢/٤ ، والقوانين ص ٢٦٥ ، والبيان والتحصيل ٨١/٤ .

- (١) ج : تدعو .
- (٢) ب : " الشئ " وهو خطأ .
- (٣) ما بين القوسين ساقط من د .
- (٤) الوحش : رذالة الناس وصغارهم ، يكون للواحد والاثنين والجمع ،
والذكر والمؤنث بلفظ واحد ، وربما جاء مؤنثه بالهاء .
- انظر : اللسان ٣٧١/٦ .
- (٥) ب : " ملكت به " في الموضعين .
- (٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
- (٧) به : ليس في ج .
- (٨) ما بين القوسين ساقط من د .
- (٩) ب : وان .
- (١٠) د : " الثمن " وهو خطأ .

لأنه لم يلزمه تسليم الثمن. (١) ولأنه لو وجب منع المشتري منها حتى تستبرأ ، لبطل من وجهين : أحدهما : أنه عقد على عين لزم فيه تأخير القبض . وهذا باطل . والثاني : جهالة مدة الاستبراء تجعل الأجل مجهولاً . وهذا باطل .

وأما احتجاج مالك بأنه لا يؤمن من المشتري غلبة شهوته فهذا المعنى موجود في المدل الموضوعة على يده ، وموجود في القبيحة إذا سلمت إلى المشتري ، فلما لم يكن هذا المعنى مانعاً من تسليم الوخشة (٢) إليه ، فكذلك لا يمنع من تسليم الجميلة إليه . (٣)

- فصل -

فإذا ثبت أن للمشتري أن يستبرئها على يده ، فلا يخلو حال استبرائها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تستبرأ على يد المشتري ، فيصح الاستبراء ، وتصير مضمونة على المشتري (٤) بالقبض .

والقسم الثاني : أن تستبرأ على يد عدل ، فيجزئ هذا الاستبراء

(١) في النسخ : " الثمن " وهو خطأ ، وذلك لأن السلم يجب فيه

تسليم الثمن في المجلس ، ولا يبطل السلم ، والثمن هو الذي لا يجب تسليمه فيه عاجلاً ، بل يكون في الذمة مؤجلاً .

(٢) من د ، وفي باقي النسخ " الوحشه " بالحاء المهملة ، وهو خطأ .

(٣) د : بزيادة : " والله أعلم " .

(٤) على المشتري : ساقط من د .

فأما ضمانها فلا يخلو حال من اختار العدل من ثلاثة أمور : إما أن يختاره البائع فتكون الأمانة من ضمانه ، لأنه ينوب عن اختياره . وإما أن يختاره المشتري فتكون من ضمانه لأنه ^(١) ينوب عنه . وإما أن يختاره ^(٢) البائع مع المشتري ^(٣) ، فتكون من ضمان البائع دون المشتري ، لأن يد البائع لم تنزل .

والقسم الثالث : أن تستبرأ في يد البائع بعد تمام البيع وقبل القبض فيصح هذا الاستبراء .

وقال أبو حنيفة ^(٤) : لا يصح استبرأؤها في يد البائع حتى يستبرئها المشتري في يده . وهذا غلط ، لأنه استبرأ في ملكه فوجب أن يجزى كما لو كان ^(٥) في يده .

- فصل -

فإذا ثبت وجوب الاستبراء بعد حدوث الملك ، فكذلك من استحدث ملك أمة ببيع ، أو هبة ، أو ميراث ، أو سبي ، فعليه الاستبراء ، سواء كانت فراشا لغيره أم لا ، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة ، بكرا أو ثيبا ^(٦) ،

-
- (١) ج : " لا " أى بسقوط الحرفين الأخيرين من " لأنه " .
 (٢) ج : والثالث أن يختاره .
 (٣) ب ، ج : والمشتري .
 (٤) انظر : مختصر الطحاوى ص ٩٠ ، وتحفة الفقهاء ١٦٨/٢ وفيها : " هذا هو المشهور من مذهب أصحابنا جميعا ، وروى عن أبي يوسف أنه يجزى الاستبراء قبل القبض " والمبسوط ١٤٧/١٣ ، والبدائع ٣٢٧٤/٧ .
 (٥) أ ر : " لو كانت " والتصويب من ب ج .
 (٦) انظر : الروضة ٤٢٧/٨ ، والنهاج مع المغني ٤٠٨/٣ ، والنهاية ١٦٤/٧ .

ويحرم في مدة الاستبراء وطؤها ولا يحرم استخدامها (١) . فأما الاستمتاع
بها فيما سوى الوطء من القبلة والمضاجعة ، فيعتبر (٢) بحال / الأُمة ، ١٣٠ ب
فإن كانت فراشا (٣) من قبل ذلك (٤) لستيد أو زوج ، (حرم الاستمتاع
بها ، لجواز أن تكون أم ولد لغيره ، أو في بقايا عصة من زوج) (٥) .
وإن لم تكن فراشا يوجب لحوق النسب بغيره كالتي لم يطأها ستيد ولا
زوج ، أو كالسبايا ، لم يحرم الاستمتاع بقبليتها ومضاجعتها (٦) ، وإن
حرم وطؤها ، لأنها (٧) لو ظهر بها حمل () ، لكانت له أمة سباحة ،
بخلاف المستفرشة التي إن (٨) ظهر بها حمل (٩) ، كانت (١٠)

-
- (١) ولا يحرم استخدامها ، ساقط من د .
(٢) د : فيعتبر .
(٣) الفراش : يكتفى به عن الزوجين ، كما يستق كل واحد منهما
لباسا للآخر . وأفرشت الرجل امرأة : تزوّجته إياها " فافترشها"
أي تزوّجها . انظر : المصباح ص ٤٦٨ .
(٤) ذلك : ساقط من د .
(٥) ما بين القوسين ساقط من أ ، وأثبتته من باقي النسخ .
(٦) قلت : لا يوجد في كتب المذهب التفريق بين المفروشة ،
وغير المفروشة بل أطلقوا القول في حرمة الاستمتاع بغير
المسببة ، وحكوا في المسببة وجهين : أصحهما جواز الاستمتاع بها
بما دون الوطء . راجع : المهذب ١٥٥/٢ ، والروضة
٤٣١/٨ ، والمنهاج مع المغنى ٤١٢/٣ ، والنهاية ١٦٩/٢ ،
وشرح المحلى ٦١/٤ .
(٧) ج : لأنه .
(٨) إن : ساقط من ج .
(٩) ما بين القوسين ساقط من د .
(١٠) ج : " فكانت " وهو خطأ .

عليه محرمة. فأما ما يكون به الاستبراء فيذكر في موضعه من كتاب العدد (١) إن شاء الله تعالى.

فصل (٢)

فلو ابتاع أمة، وكانت في عدة من زوج، وجب عليها أن تكمل ما بقي من عدة الزوج، ثم يستبرئها المشتري من بعد، ولا يكون ما بقي من العدة نائبا (٢) عنها وعن الاستبراء. لاختلافهما في السبب والحكم، لأن العدة تجب بزوال الطلک عن البضع، والاستبراء يجب لحدوث الطلک

(١) وقد جاء في كتاب العدد (٢٨٤/١٥ نسخة ج) : فالذي يكون به الاستبراء ما قدّمناه في استبراء أمّ الولد، فإن كانت حاملا فيوضع الحمل، وإن كانت من ذوات الشهور فعلى قولين : أحدهما : تستبرأ بشهر واحد . والثاني : بثلاثة أشهر . وإن كانت من ذوات الحيض والطمهر فاستبرأواها بقرء واحد . والذي نصّ عليه ههنا : أنّ المعتبر فيه الحيض، فتستبرأ نفسها بحيضة كاملة . . . وفيه وجه ثان ذهب إليه كثير من أصحابنا : أنّ الاعتبار فيه بالطمهر كالحرّة . . . وفيه وجه ثالث ذهب إليه البصريون من أصحابنا : أنّ كلا الأمرين من الحيض والطمهر معتبر مقصود، لأنه لما تفرّد استبراء الأمة بقرء واحد جمع فيه بين الأمرين تقوية لحكمه وزيادة في الاستظهار به .
وراجع في المسألة أيضا : المهذب ١٥٤/٢، والتنبيه ص ١٢٢، والمنهاج مع المغني ٤١١/٤، والنهاية ١٦٨/٧.

(٢) ب، ج : فصل آخر.

(٣) أ، د : "نائب" والتصويب من ب، ج .

للرقبة مع اختلافهما في القدر فلم يجز مع اختلافهما من هذين الوجهين أن يتداخلا. (١)

وكذا لو أن^(٢) السيد زوج أمته ، ثم طلقها الزوج فعلى السيد إذا عادت إليه بعد طلاق الزوج أن يستبرئها ، لأنه استحدث بإباحة بضعها بالطك بعد تحريره عليه . فان كان الزوج قد طلقها قبل الدخول ، فعلى السيد الاستبراء ، ولا عدّة ، وان كان الزوج قد طلقها بعد الدخول ، فعليها العدّة من فراق الزوج ، ثم الاستبراء لاستمتاع السيد ، ولا تنوب العدّة عن الاستبراء ، كما لا ينوب الاستبراء عن العدّة. (٣)

ولو كاتب السيد أمته ، ثم عادت إليه بالعجز حرم عليه وطؤها إلا بعد الاستبراء ، لأنها بالكتابة قد^(٤) حرمت عليه. (٥) ولكن لو

(١) حكى الأصحاب فيه قولين . أظهرهما : يجب الاستبراء على المشتري . والثاني : لا يجب . ومدار الخلاف هو هل الموجب للاستبراء حدوث ملك الرقبة مع فراغ محلّ الاستمتاع ، أو أنّ الموجب حدوث حلّ الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين ؟ فعلى الأوّل لا يجب الاستبراء عند انقضاء العدّة ، لأنه لم يحدث حينئذ ملك ، وعند حدوثه لم يكن محلّ الاستمتاع فارغاً . وعلى الثاني : يجب . انظر الروضة ٤٢٩/٨ والضمحاج مع المغني ٤٠٩/٣ ، وشرح المحلى ٥٩/٤ .

(٢) ج : " لو كان أذن " وهو خطأ .

(٣) هكذا جزم الشرييني وقلبيوبي أيضاً بوجوب الاستبراء وعدم الاكتفاء بالعدّة . وحكى الشيرازي والنووي في ذلك وجهين . انظر إضافة إلى المراجع السابقة : المهذب ١٥٥/٢ ، والتنبيه ص ١٢٧ .

(٤) قد : لا يوجد في د .

(٥) انظر : التنبيه ص ١٢٧ ، والروضة ٤٢٧/٨ ، والضمحاج مع المغني ٤٠٨/٣ ، وشرح المحلى ٥٨/٤ .

آجرها ، وأورهنها ، ثم عادت إليه ، لم يلزمه ^(١) الاستبراء ، لأنها لم تحرم بالرهن والإجارة . ^(٢)

فلو أن رجلاً باع أمته ، ولم يقبضها المشتري حتى تفاسخا البيع بعيب أو إقالة ، وجب على البائع الاستبراء ، وإن لم تخرج عن يده ، لأن ملكه زال بالبيع ، ثم استحدثه بالفسخ ^(٣) ، ولكن لو تفاسخا في خيار المجلس أو خيار الثلاث ، كان في وجوب الاستبراء قولان من اختلاف أقاويله في انتقال الملك . ^(٤)

- مسألة -

قال الشافعي ^(٥) : (ولا للمشتري أن يأخذ منه حميلاً بعهدته ، ولا بوجه وإنما التحفظ قبل الشراء .) ^(٦)
إذا اشترى أمة لم يكن للمشتري مطالبة البائع بضامن عهده ، ^(٧)
أو كفيل بنفس ^(٨) ، خوفاً من استحقاق الأئمة ، أو أن تكون أم ولد ، سواء

- | | |
|-----|--|
| (١) | ج : لا يلزمه . |
| (٢) | انظر : المهذب ١٥٥/٢ وفيه : " لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها ، لأن له أن يقبلها وينظر إليها بالشهوة ، وإنما منع من وطئها لحق المرتهن ، وقد زال حقه بالفكك ، فحلّت له " . |
| (٣) | انظر : المرجع السابق ، والروضة ٤٢٧/٨ . |
| (٤) | د : بعده زيادة " والله أعلم " . |
| (٥) | ب ، د : الشافعي رضي الله عنه . |
| (٦) | انظر : مختصر المزني ٢٠٠/٢ . |
| (٧) | ج : بضامن من عهده . |
| (٨) | من ب ، ج ، د وفي أ ، د : كفيلاً بنفس . |

كان البائع غريباً (١) من أهل البلد ، أم لا . (٢)

وقال مالك (٣) : إن كان غريباً كان للمشتري مطالبة بكفيل
نفس ، أو ضمن لمهدة ، استيثاقاً لحقه ، فإن لم يتم كفيلاً أو ضامناً ، كان
للمشتري فسخ البيع إن شاء /

أ/١٣١

وهذا خطأ من وجهين :

أحدهما : أنَّ ظاهر الحال سلاتها ، فلم يجوز أن يعدل عن
الظاهر بالظن (٤) .

والثاني : أنه قد كان يقدر على التحفظ من ذلك قبل الشراء
بأن يشترط كفيلاً أو ضامناً في عقد الشراء ، فلم يستحق استدراك ذلك بعد
الشراء . ألا ترى أنه (٥) لو باع على غريب (٦) شيئاً بثمن إلى أجل ،
لم يستحق مطالبة المشتري بضامن للثمن لا مكان التحفظ منه في العقد
بالشرط .

(١) د : "عربياً" في الموضعين ، وهو خطأ .

(٢) في ج : وقع بعده خطأ زيادة "لحقه" .

(٣) لم أشر على مذهبه .

(٤) د : "بالباطن" وهو تصحيف .

(٥) أنه : ليس في ب ، ج .

(٦) د : "على عيب" وهو تصحيف .

- فصل -

فأما قول الشافعي (١) "حميلاً" (٢) بعهدة " يريد ضمان
الدرك (٣) . وقوله " ولا بوجه " يريد كفالة النفس (٤) . " وإنما
التحفظ قبل الشراء " يريد إذا اشترطه في العقد .

* * *

(١) ب : الشافعي رضي الله عنه .

(٢) ج : كفيلاً .

(٣) تقدّم تعريفه في ص : ٤٦٥ هامش (٢) .

(٤) وتسمى كفالة البدن أيضاً . وهي : التزام إحضار المكفول إلى
المكفول له للحاجة إليه . راجع : المغني ٢/٢٠٣ ، والنهاية

(١)

[- باب بيع المراجعة -] من كتب

قال الشافعي رحمه الله (٢) : (وإذا باع مراجعة على عشرة واحد (٣) ، وقال قامت عليّ بمائة درهم (٤) ، ثم قال : أخطأت ، وإنما (٥) قامت عليّ بتسعين ، فهي واجبة للمشتري برأس مالها وحصته (٦) من الربح . (٧)

وهذا صحيح ، وجملة البيوع ثلاثة : بيع مساومة ، وبيع مراجعة ، وبيع مخاسرة . (٨) . فأما بيع المساومة فستفق على جوازه ، وهو

-
- (١) م : باب البيع مراجعة .
 (٢) د : رضي الله عنه .
 (٣) ب : " واحدا " ج : " واحدة " .
 (٤) د : أثبتته من م ، ولا يوجد في النسخ .
 (٥) ب ، ج ، م : ولكنها .
 (٦) ج : " لحصته " وبدون الواو .
 (٧) انظر : مختصر المزني ٢ / ٢٠٠ .
 (٨) ويستى بيع الوضعية ، والمواضعة ، والمحاطة أيضا . ويأتي تعريفها والأحكام المتعلقة بها في ص : ٩٧٧ وما بعدها .
 قلت : وهناك أنواع أخرى من البيوع لم يذكرها الساردي هنا .
 منها : بيع التولية ، وهو بيع البيع بمثل الثمن الأول : المفني ٢ / ٧٦ ، وشرح المحلّي ٢ / ٢٢٠ ، ومنها : بيع المزايدة وهو : أن ينادى على السلعة ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض ، حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها . ومنها : الاسترسال ، وهو أن يقول الرجل للبائع : بع مني بسعر السوق ، أو بما تباع من النام . انظر القوانين ص ٢٩٠ .

أن يستام^(١) البائع بسلعته مائة درهم ، ويطلبها المشتري بثمانين درهما ، ثم يتقرر الثمن بينهما بعد الماكسة^(٢) على تسعين درهما^(٣).

وأما بيع المرابحة فصورته : أن يقول : أبيعك هذا الثوب مرابحة ، على أن الشراء مائة درهم ، وأرجع على كل^(٤) عشرة واحدا . فهذا بيع جائز لا يكره^(٥).

وحكى عن عبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عباس أنهما كرها^(٦) ، مع جواز^(٧).

(١) يقال استمت بسلعتي استيما إذا كنت أنت تذكر ثمنها . ويقال :

استام مني بسلعتي إذا كان هو العارض عليك الثمن . أنظر : تاج العروس ٣٥٠/٨ "سوم".

(٢) مكس في البيع مكسا من باب ضرب : نقص الثمن ، وماكس مأكسة ومكاسا مثله . أنظر : المصباح ص ٥٧٧ .

(٣) في أ "درهم" والتصويب من باقي النسخ .

(٤) ب ، ج ، د : في كل .

(٥) عند أكثر أهل العلم . راجع : المغني لابن قدامة ١٣٦/٤ .

والإفصاح ٢٢٨/١ ، والميزان للشعراني ٥٧/٢ ، ورحمة الأئمة ص ١٤٣ .

(٦) ب ، ج : كرها ذلك .

(٧) أنظر : المراجع السابقة ما عدا الإفصاح ، ونسب ابن قدامة القول

بكرهته إلى أحمد ، ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بسن جبير ، وعطاء بن يسار أيضا . وقال في وجه الكراهة : أن فيه نوعا من الجهالة ، والتحرز عنها أولى .

وحكى عن اسحاق بن راهويه ^(١) أنه أبطله ^(٢) ، ومنع من جوازه ، استدلالاً بأن الثمن مجهول ، وأن كذبه في إخبار الشراء غير مأمون .

والدليل على جوازه : عموم قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٣) ولأن الثمن في بيع المراجعة معلوم ، كما أنه في بيع المساومة معلوم ، إذ لا فرق بين قوله : "بعتك هذا الثوب بمائة وعشرة" وبين قوله : "بعتك بمائة وربح كل عشرة واحد" في أن ^(٤) كلا ^(٥) الثمنين مائة وعشرة ، وإن اختلفت العبارتان ، كما لا فرق بين قوله : "بعتك هذا الثوب بتسعين" وبين قوله : "بمائة إلا عشرة" في أن كلا ^(٦) الثمنين تسعون ^(٧) ، وإن اختلفت العبارتان .

ولا وجه لما ذكر من جهالة الثمن ، لأن مبلغ الثمن ^(٨) وإن كان مجهولاً حال العقد فقد عقده بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد ،

(١) انظر : المراجع السابقة ما عدا الإفصاح . وحمل ابن قدامة القول بالمنع هنا على ما إذا لم يبين الثمن . فأما إذا بيّنه فلا خلاف في جوازه .

(٢) أبطله : ساقط من د .

(٣) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٤) ج : "وأن" .

(٥) كلا : أثبتته من ب ، ج . وفي أ "كل" وهو ساقط من د .

(٦) أ ، د : "كل" ب ، ج : "كل" وكلاهما خطأ ، والصواب ما أثبتته .

(٧) ج : "تسعين" وهو خطأ .

(٨) ج : لأن مبلغه .

وذلك لا يمنع من صحة العقد ، كما لو باعه صبرة طعام كل قفيز بدرهم
صح البيع ، وإن كان مبلغ الثمن مجهولاً وقت العقد ؛ لأنهما عقداه
بما يصير / الثمن به معلوماً بعد العقد . ولا وجه لما ذكر من أن^(١)
كذب البائع في الثمن غير مأمون ؛ لأن الظاهر صدقه (وإن مؤه بكذبه)^(٢)
إذا ثبت حكماً بذكره .

على أن المروى عن ابن عباس أنه كره قولهم " ده دوازده " ^(٣)
وفيه تأويلان : أحدهما : أنه كره عقدهم ^(٤) بالأعجمية ، وعدولهم
عن العربية . والثاني : كره أن ^(٥) يحمل ذلك منهم على بيع الدراهم
في جواز العشرة بالاثني عشر ^(٦) . والله أعلم . ^(٧)

- فصل -

فإذا ثبت أن بيع المراجعة جائز ، فلا بد من الإخبار بالثمن مع
نفس العقد ، بعد تحرر المدق فيه ، فإن لم يخبر بثمنه عليه ، وقال :

- (١) ج : " بآن " .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ج . كما سقط " مؤه " من ب ، قلت :
التمويه : التلبيس ، كما في المختار ص ٦٤٠ .
(٣) " ده " بالفارسية عشرة ، و " دوازده " اثنا عشرة ، فمعنى
ده دوازده : كل عشرة ربحها درهمان . انظر : مغني
المحتاج ٢ / ٧٧ .
(٤) عقدهم : أثبت من ب ، ولا يوجد في باقي النسخ .
(٥) أن : ساقط من ج .
(٦) من ج ، وفي باقي النسخ " بالاثنا عشر " وهو خطأ .
(٧) والله أعلم : ليس في ج .

" قد بعته بالثمن الذي ابتعته ^(١) ، وربح العشرة واحد " لم يجز ^(٢) وكذا لو قال : " بما يخرج به الحساب من ثمنه عليّ ، وربح العشرة واحد " لم يجز ، لأنهما لم يعقداه بثمان معلوم وقت العقد ، ولا بما يصير به الثمن معلوما بعد العقد ، وقد يجوز أن يختلفا في قدر الثمن الذي يذكره بعد العقد ، فلا يرجعان ^(٣) إلى ما ينفي الجهالة عنهما ، ويمنع من اختلافهما ، فصار العقد باطلا للجهل بالثمن فيه .

فإذا ثبت أنه لا بدّ من ذكر الثمن مع العقد ، فلا يخلو حال البائع من ثلاثة أحوال : إمّا أن يريد ^(٤) الإخبار بالثمن ^(٥) الذي ابتاعه به ^(٦) ، أو يريد الإخبار بالثمن (مع مؤنة لزمته عليه ، أو يريد الإخبار بالثمن مع عمل عمله بنفسه فيه .

فإن أراد الإخبار بالثمن ^(٧) وحده ، وكان قدره مائة درهم ، فله الإخبار عنه بإحدى ثلاث عبارات : إمّا أن يقول : " اشتريته بمائة درهم " أو يقول : " رأس مالي فيه مائة " ^(٨) أو يقول " قام عليّ بمائة "

(١) ج : " أبيعته " وهو تصحيف .

(٢) لم يجز : ساقط من د .

(٣) ج : " ولا يرجعان " ويأباه السياق .

(٤) ب : إمّا أن يكون يريد .

(٥) ج : " مع الثمن " وهو خطأ .

(٦) به : ساقط من ج .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٨) د : مائة درهم .

فبأى (١) هذه العبارات الثلاث (٢) عرّعه جاز.

وإن أراد الإخبار بثمنه وموئنة لزمته عليه ، من صبغ ،
أوقصارة (٣) ، أو عطفة ماشية (٤) ، أو أجر (٥) حمولة ، كأنه اشتراء
بمائة درهم ، ولزمته موئنة الصبغ أو القصارة عشرة دراهم ، فله أن يخبر
عن الجبلغ بإحدى العبارات الثلاث ، وهو أن يقول : " قام عليّ بمائة (٦)
وعشرة دراهم " ولا يجوز أن يقول : " اشتريته بمائة وعشرة " (٧) ولا أن يقول :
" رأس مالي فيه مائة وعشرة " (٨) ؛ لأنّ رأس المال في البيعات
عرفا (٩) هو الثمن الذي عقد به البيع .

- (١) سن ب ، ج ، وفي أ ، د : " فأى " وهو خطأ .
(٢) ب : الثلاثة .
(٣) قَصَرْتُ الثوب قَصْرًا : بَيَّضْتُهُ ، والقَصَارَةُ بالكسر : الصناعة ، والفاعل
قَصَّارٌ . انظر : المصباح ص ٥٠٥ .
(٤) جاء في الفتح ٧/٩ ، والروضة ٥٢٨/٣ : " إنّ المؤنات التي
يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح كنفقة العبد وكسوته
وعلف الدابة ، فلا تدخل فيه ، ويقع ذلك في مقابلة الفوائد
المستوفاة من المبيع . وفي التتمة حكاية وجه أنها تدخل أيضا
والشهور الأولى . نعم العلف الزائد للتسمين يدخل فيه «
(٥) ب ، ج ، د : أجرة .
(٦) ج : بمائة درهم .
(٧) ج : وعشرة دراهم .
(٨) ج : " رأس مالي قام عليّ بمائة وعشرة " .
قلت : وحكى الشيرازي في ذلك وجهين : أحدهما : لا يجوز ؛
لأنّ ذلك كذب ؛ لأنّ رأس المال هو الثمن . والثاني : أنه يجوز ؛
لأنّ رأس المال ما وزن فيه . انظر : المهذب ٢٩٦/١ .
(٩) ج : " غير ما " وهو تصحيف .

وإن أراد الإخبار بثمنه مع عمل عله فيه ^(١) بنفسه مثل

أن يشتريه بمائة ، ويقصره بنفسه قصارة قدر أجرتها عشرة ، لم يجوز
أن يخبر عنه بإحدى ^(٢) هذه العبارات الثلاث ، فلا يجوز ^(٣) أن يقول :

" اشتريته بمائة وعشرة " ولا : " رأس مالي فيه مائة وعشرة " ولا يقول : " قام
عليّ بمائة وعشرة " لأنّ عمل الإنسان لنفسه لا يقوم عليه ، وإنما يقوم عليه

عمل غيره . ألا ترى أنّ العامل في المضاربة لو استأجر لحمولة القساع
^(٤)

كان في مال المضاربة ، ولو حمّله بنفسه لم يرجع بأجرته في مال المضاربة / ١٣٢ أ

وإذا لم يجوز أن يخبر عنه بإحدى ^(٥) هذه العبارات الثلاث ،

فليس له إلّا أن يقول : " اشتريته بمائة وعملت فيه بنفسه عملاً يساوي

عشرة ، وأريح ^(٦) في كل عشرة واحدا " ^(٧) فيسلم من الكذب ، ويوصل

إلى الغرض. ^(٨)

(١) أنبته من ب . وفي أ ، د : " وعمل عله فيه " وفي ج : " مع
علمه فيه " وفيه سقط وتصحيف .

(٢) من ب ، ج ، وفي أ ، د : " بأحد " وهو خطأ .

(٣) من ب ، وفي أ ، ج ، د : " ولا يجوز " ويأباه السياق .

(٤) انظر في المضاربة : المهدّب ٣٩٣/١ .

(٥) من ب ، ج ، وفي أ ، د : " بأحد " وهو خطأ .

(٦) ج : " أو أريح " وهو خطأ .

(٧) ج : " واحد " وهو خطأ .

(٨) راجع في تفريعات هذا الفصل : المهدّب ٢٩٦/١ ، والتنبيه

ص ٦٧ ، والفتح ٦/٩ ، والروضة ٥٢٧/٣ ، والنهاج مع

المفني ٧٨/٢ .

- فصل -

فلواشترى ثوباً بمائة درهم ، فوجد به عيباً فأخذ أرضه عشرة دراهم ، لم يجز أن يخبر بالمائة ، ولزمه أن يخبر بالتسعين بإحدى العبارات الثلاث ^(١) ؛ لأنَّ الأرض استرجاع جزء من الثمن قابل جزءاً فائتاً من الصبيح .

ولو اشترى عبداً بمائة درهم ، فجنيت عليه جنابة أخذ ^(٢) أرضها عشرة دراهم ففي قدر ما يخبر به من ثمنه وجهان : ^(٣)

أحدهما : يلزمه أن يخبر بأن الثمن تسعون درهماً ؛ لأنَّ أرض الجنابة في مقابلة جزء من العين ، فصارت كأرض العيب .

والوجه الثاني : يجوز له أن يخبر بأن الثمن مائة درهم ؛ لأنَّ المأخوذ بأرض الجنابة ليس يرجع إلى العقد ، وإنما هو بسبب ^(٤) حادث بعد العقد ، فشابه الكسب .

(١) راجع : المهذب ٢٩٦/١ ، والفتح ١٢/٩ ، والروضة ٥٣١/٣ ، والمغني ٧٩/٢ وكلهم صرحوا بأنه يقول : هي عليّ بتسعين ، أو قام عليّ بتسعين ، ولا يقول : اشتريتها بتسعين ؛ لأنه كذب .

(٢) أخذ : ساقط من د .

(٣) والوجه الأول هو الأصح ، وذكر معظم الأصحاب أنَّ الوجهين يجريان فيما إذا باع بلفظ : " قام عليّ " وأما إذا باع بلفظ : " اشتريت " ذكر الثمن والجنابة . انظر : المراجع السابقة .

(٤) من ب ، ج ، وفي أ ، د : " سبب " بسقوط حرف الباء .

فان أخبر على الوجه الأول بأن الثمن تسعون درهما ، ثم علم المشتري بحال الجناية ، فلا خيار له . وإن أخبر على الوجه الثاني بأن الثمن مائة درهم ، ثم علم المشتري بحال الجناية فله الخيار .

ولكن لو اشترى دارا فاستغلّها ، أو ماشية فحلبها ، أو نخلا فأخذ ثمرها . لم يلزمه إذا أخبر بالشراء أن يسقط منه قدر ما أخذ من الفلّة ، والثمرة والنتاج ، واللبن ، بل له أن يخبر بجميع الثمن لا يختلف أصحابنا فيه ؛ (١) لأنها أعيان حادثة بعد العقد لا تقابل (٢) شيئا من الثمن ، إلاّ لبن التصرية فعليه أن يسقط قدر قيمته من الثمن ؛ لأنه ما يتقسط عليه الثمن .

- فصل -

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ، فجنى العبد جناية قدر أرشها عشرة دراهم ، ففداه السيّد بها ، لم يجز إذا أخبر بالشراء (٣) أن يقول : " ثمنه مائة وعشرة " ولا أن يقول : " قام عليّ بمائة وعشرة " . (٤)

(١) وقد فصل الشيرازي ، وكذا الرافعي والنووي في المسألة فقالوا : إن حدثت من العين فوائد في ملكه كالولد واللبن والثمرة ، لم يحطّ ذلك من الثمن ؛ لأنّ العقد لم يتناول . وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد ، أولبنا كان موجودا حال العقد ، حطّ من الثمن ؛ لأنّ العقد تناوله وقابله قسط من الثمن ، فأسقط ما قابله . راجع : المهذّب ٢٩٦/١ ، والفتح ١٣/٩ ، والروضة ٥٣٢/٣ .

(٢) ب : " لم تقابل " ج : فلم يقابل .

(٣) ج : بالثمن .

(٤) انظر : المهذّب ٢٩٦/١ ، والنهاية ١١٤/٤ ، والمفني ٧٨/٢ وفيه : " ولو جنى العبد ، ففداه أو غصب ، فبذل مؤنة في استرداده ، لم يحسب ذلك عند الأكثرين " .

فان قيل : أليس ^(١) يجوز فيما لزمه من مؤنة القسارة والصبغ
أن يقول : " قام عليّ بمائة وعشرة " فهلاً جاز فيما لزمه من أرش الجناية
أن يقول : قام عليّ بمائة وعشرة ؟ .

(٢)
قيل : الفرق بينهما أنّ القسارة في الثوب زيادة تعود إلى المالك
وفداء العبد من الجناية استبقاً ملك يعود إلى المالك .

- فصل -

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ، ثم أنّ البائع نقض المشتري من الثمن
عشرة دراهم . فعند ابن أبي ليلى ^(٣) : أنّ للمشتري أن يخبر بأنّ الثمن
مائة درهم بكلّ حال .

وعند أبي حنيفة ^(٤) : أنّ على المشتري أن يخبر بأنّ الثمن تسعون
درهما قبل التفريق ومعه .

ومذهب الشافعي ^(٥) : / أنّ نقصان العشرة إن كان قبل ١٣٢/ب
التفريق ، لزمه أن يخبر أنّ الثمن تسعون درهما ؛ لأنّ الثمن يستقرّ بما افترا
عليه . وإن كان النقصان بعد التفريق ، أخبر بأنّ الثمن مائة درهم ، لاستقرار

(١) ب : أفليس .

(٢) ب ، ج : المالك .

(٣) لم أقف على مذهبه .

(٤) انظر : المبسوط ٨٤/١٣ ، والبدائع ١٣٩٨/٧ ، وفتح القدير

٥٠٧/٦ .

(٥) مه قال الحنابلة أيضا . انظر : المغني لابن قدامة ١٣٧/٤ ،

والمقنع ص ١٠٧ .

الشن بالعقد ، وأنّ الزيادة والنقصان لا يلحقان ^(١) بالعقد بعد استقراره ^(٢) . وجوّز ذلك أبوحنيفة ، وجعل الزيادة والنقصان فسخا للعقد الأوّل ، واستيناف عقد ثان ^(٣) . وهذا فاسد من وجوه ثلاثة :

أحدها : أنّ حطيطة الشن ^(٤) كله لما لم تكن ^(٥) فسخا لاحقا بالعقد . فحطيطة بعضه أولى أن لا تكون فسخا لاحقا بالعقد .

والثاني : أنّ الحطيطة والزيادة لو كانتا ^(٦) فسخا للعقد ، لم يجز ^(٧) أن يكونا مجدّدين للعقد ؛ لأنّ الشئ الواحد لا يجوز أن يكون موجبا لحكمين ^(٨) متناقضين .

(١) ب ، ج : لا يلحق .

(٢) انظر في مذهب الشافعي : التنبيه ص ٦٧ ، والمهذّب ٢٩٦/١ ،

وفيه نقل عن أبي علي الطبري قوله : " إن قلنا : إنّ البيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به ، لأنّ البيع قد ملكه بالشن الأوّل ، فلم يتغيّر بما بعده " قال الشيرازي : " والمذهب الأوّل ، لأنه وإن كان قد انتقل البيع ، إلّا أنّ البيع لم يستقرّ ، فجاز أن يتغيّر الشن بما يلحق به " والفتح ١٠/٩ ، والروضة ٣٠/٣ وفيهما : " وإن حطّ عنه بعض الشن بعد لزوم العقد ، وباع بلفظ : " اشتريت " لم يلزمه حطّ المحطوط عنه ، وإن باع بلفظ : " قام عليّ " لم يخبر إلّا بالباقي " .

(٣) ثان : أثبتته من ج . وفي باقي النسخ " ثاني " وهو خطأ .

(٤) ج : " الشن " وهو خطأ .

(٥) ب ، ج : " لم يكن " بالتحثانيه وهو خطأ .

(٦) من ب ، ج . وفي أ ، د : " لو كانت " وهو خطأ .

(٧) من ب ، ج . وفي أ ، د : " لوجب " وهو خطأ .

(٨) ب ، ج : أن يوجب حكمين .

والثالث : أنَّ الصداق في النكاح كالشئ في البيع ، فلما لم يكن ما عاد إلى الصداق من زيادة أو حطيطة فسحاله ، (لم يكن ما عاد إلى السبيع من زيادة أو حطيطة فسحاله .)^(١)

- فصل -

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ، ثم باعه بمائة وخمسين درهما^(٢) ، ثم اشتراه ثانية^(٣) بمائة درهم ، لم يلزمه أن يحطَّ الربح من ثمنه ، وكان له أن يخبر بأن الشئ مائة درهم.^(٤)

وقال أبو حنيفة :^(٥) يلزمه حطيطة الربح ، والإخبار بأن ثمنه

(١) ما بين القوسين ساقط من د .

(٢) ج : " بمائة درهم " وهو خطأ .

(٣) ب : ثانيا .

(٤) انظر : الحلية للرويانى ٧٥/ب ، والمهذب ١/٢٩٦ ، والفتح ١٠/٩ ، والروضة ٣/٥٢٩ وفيها : " إن باعه مرابحة بلفظ رأس المال ، أو بلفظ : " ما اشتريت " أخبر بمائة . وإن باعه بلفظ : " قام على " فوجهان . أصحهما : يخبر بمائة . والثاني : بخمسين . قلت : وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية . انظر : المغني لابن قدامة ١٤٠/٤ ، والخرشي ١٧٨/٥ .

(٥) انظر : البدائع ٣/٧٠٣ ، والهداية مع الفتح ٦/٥٠١ ، والكنز مع التبیین ٤/٧٦ ، قلت : وه قال ابن سيرين والقاضي أبو يعلى وأصحابه واستدلوا على ذلك بأن المرابحة تضم فيها العقود ، فيخبر بما تقوم عليه ، كما تضم أجرة الخياط والقصار . وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول ؛ لأنه آمن أن يرده عليه ، ولأنَّ الربح أحد نوعي النماء ، فوجب أن يخبر به في المرابحة ، كالولد ، والثمره . انظر : المغني لابن قدامة ١٤٠/٤ .

خمسون درهما ، لأنه يقوم عليه ^(١) بها .

وهذا فاسد ؛ لأنَّ العقد الأوَّل قد انقضى فلم يجز اعتبار حكمه من وجهين :

أحدهما : أنه لو كان قد خسر في ثمنه خمسين ^(٢) درهما ، لم يجز أن يزيدها على الثمن الثاني ، فكذلك إذا ربح فيه خمسين درهما لم يلزمه أن ينقصها من الثمن الثاني .

والآخر : أنه لو كان قد ربح فيه مثل ثمنه ، ثم اشتراه بمثل الربح كأنه اشتراه أولاً بمائة درهم ، وماعه بمائتي درهم ، ثم اشتراه بمائة درهم ، جازله أن يخبر أن الثمن مائة درهم ، ولا اعتبار بما كان من الربح في العقد الأوَّل ، فكذلك إذا كان الربح بعض ثمنه .

(٣)

- فصل -

ولو اشترى العبد المأذون له ^(٤) في التجارة ثوباً بمائة درهم ، وماعه العبد على سيِّده بمائة وخمسين درهما ، لم يكن للسيِّد إذا باع الثوب باخبار الشراء أن يخبر إلا بمائة درهم ؛ لأنَّ شراء العبد لسيِّده ، ولا يصح أن يبتاعه من عبده .

(١) د : "عليها " وهو خطأ .

(٢) من ب ، ج ، وفي أ ، د : "خمسون " وهو خطأ .

(٣) فصل : ليس في ج .

(٤) له : ليس في د .

وكذا لو اشترى السيد ثوباً بمائة درهم ، وباعه على عبده بمائة وخمسين درهماً ، لم يجز إذا باعه بأخبار الشراء أن يخبر إلا بمائة درهم . (١)

ولو دفع رجل مالا مضاربة بالنصف ، فاشترى (٢) العامل ١/١٣٣ ثوباً بمائة درهم ، وباعه على رب المال بمائة وخمسين درهماً ، لم يجز لرب المال إذا باعه مربحة أن يخبر بالثمن إلا بمائة وخمسة وعشرين درهماً ، لأن نصف الربح له . (٣)

- فصل -

وإذا اشترى سلعة بثمن مؤجل ، وأراد بيعها مربحة كان عليه

(١) قلت : هذا هو مذهب جمهور الشافعية ، ومنهم كالشيرازي - من قال : يجوز له الإخبار بالثمن الثاني ، لأن بيعه من عبده كبيع من الأجنبي ، فجاز أن يخبر بما اشترى منه .

وعلى الوجهين يصح البيع هنا ، وهل يثبت للمشتري الخيار إذا اتضح له الأمر ؟ اختلف فيه الأصحاب ، فقال جمهورهم : لا يثبت . وقال ابن الصباغ : يثبت . وقواه النووي في الروضة ، وقال الروياني في الحلية : إنه الاختيار . راجع : الحلية ١/٧٦ أ والمهذب ١/٢٩٦ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٩/١٠ ، والروضة ٣/٥٣٠ ، وأسنى المطالب ٢/٩٣ ، والمغني ٢/٧٩ ، وحاشية الجمل ٣/١٨٣ .

(٢) من ج ، وفي سائر النسخ : " واشترى " ويأبى السياق .

(٣) قلت : لم أجد التنصير عليه في كتب المذهب الشافعي ، وذكره الحنفية في كتبهم . راجع : البدائع ٧/٣٢٠٥ ، والهداية مع الفتح ٦/٥٠٤ ، والتبيين ٤/٧٧ وفيه : " وقال زفر : لا يجوز هذا البيع من رب المال ، لأنه يبيع ماله بماله " .

في إخبار الشراء أن يذكر تأجيل الثمن^(١)، فإن لم يذكر تأجيله فقد
حكى عن سفيان الثوري^(٢) أن السلعة إن كانت باقية كان المشتري بالخيار،
وإن كانت تالفة لزمه الثمن حالاً .

وحكى عن أحمد^(٣)، وإسحاق^(٤) : أن للمشتري حبس الثمن
عن البائع بقدر ذلك الأجل .

ومذهب الشافعي^(٥) : جواز البيع ، وتخيير المشتري بين فسخ
البيع وإمضائه بالثمن الحال ، لأن الأجل رفق بالمشتري لا يتعلق بزيادة
ولا نقص .

(١) وذلك للتفاوت الظاهريين المؤجل والمعجل في العالية . وفي
وجه غريب : لا يجب التعرض له . انظر الفتح ١٣/٩ ، والروضة
٠٥٣٢/٣

(٢) قلت : ومه قال الحنفية ما عدا الإمام أبي يوسف ، فإنه قال : لا خيار
له ، ويحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزداد لأجل
الأجل . انظر : البدائع ٣٢٠٦/٧ ، والتبيين ٢٨/٤ ، والهداية
مع الفتح ٥٠٧/٦

(٣) حكاه عنه ابن المنذر ، قال : لأنه كذلك وقع على البائع ،
فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته ، كما لو أخبر
بزيادة على الثمن . انظر : المغني لابن قدامة ١٤١/٤ .

(٤) وحكى عن القاضي شريح والأوزاعي أيضاً . انظر : المرجع
السابق ، ورحمة الأئمة ص ١٤٣ ، والميزان للشعراني ٥٧/٢ .

(٥) قلت : ومه قال مالك ، وهو المشهور من مذهب أحمد . انظر
إضافة إلى المراجع السابقة : القوانين ص ٢٩٠ ، والمهذب
٢٩٦/١ ، والحلية للرويانى ٧٦/أ .

- فصل -

ولو اشترى ثوبا بمائة درهم ، فأخبر في بيع المراجعة أنه اشتراه بتسعين درهما فقد اختلف أصحابنا هل يكون كاذبا في إخباره أم لا ؟ ^(١) على وجهين : ^(٢)

أحدهما : ليس بكاذب ، لدخول التسعين في المائة ، فعلى هذا الوجه ^(٣) لا خيار للمشتري إذا علم بذلك .

والوجه الثاني : أنه كاذب ؛ لأن التسعين بعض ^(٤) الثمن ، وفي مقابلته بعض المبيع ، فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن ، وفي مقابلة جميع المبيع . فعلى هذا الوجه للمشتري الخيار في الفسخ ^(٥) إذا علم بذلك .

- فصل -

ولو اشترى عشرين بمائتي ^(٦) درهم ، لم يجز أن يخبر فسي بيع المراجعة أن ثمن أحدهما مائة درهم ، لتقسط الثمن على قيمتهما ^(٧) .

-
- (١) أم لا : ساقط من ب ، ج .
- (٢) لم أجد التنصيص عليهما في كتب المذهب ، ولكنهم ذكروا الوجهين في خيار المشتري بدون البناء المذكور ،
- (٣) من ب ج وفي أ : " فعلى الوجه " وفي د : " فعلى الوجه الأول " ويأباهما السياق .
- (٤) ب : من بعض .
- (٥) د : في الفسخ والإجازة .
- (٦) في أ " بمائتا " والتصويب من باقي النسخ .
- (٧) ب : على قدر قيمتهما .

فلو قوّم أحدهما مائة ^(١) وعشرين درهما ، وقوّم الآخر ثمانين ^(٢) درهما ،
لم يجز أن يخبر بذلك في بيع المراجعة . ^(٣)

ولكن لو اشترى مائة قفيز (حنطة بمائة درهم ، وأراد بيع
قفيز ^(٤) منها مربحة ، جاز أن يخبر بأن ثمنه درهم ، لتقسط الثمن
على أجزاء الحنطة دون قيمتها ، ومن أصحابنا من منع إلا بإخبار الصبرة .
والأول أصح ^(٥) لما ذكرنا من التعليل .

- فصل -

فاذا تمهد ما ذكرنا من مقدمات هذا الباب ، فصورة مسألة
الكتاب في رجل باع ثوبا مربحة بربح واحد في كل عشرة ، وأخبر أن الثمن
مائة درهم ، فأخذ المشتري بمائة وعشرة دراهم ، ثم أن البائع عاد فذكر

- (١) د : بمائة .
- (٢) د : بمأتي . وهو تصحيف .
- (٣) وسيل جواز البيع هنا أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء ،
ويوزع الثمن على القيسيتين ، ثم يبيع ما شاء منهما بحصته من
الثمن . انظر : المهذب ٣٩٥/١ ، والفتح ١١/٩ ، والروضة
٥٣١/٣ .
- قلت : وعند أبي حنيفة وأحمد : لا يجوز بيع بعضه مربحة ،
وه قال الثوري وإسحاق ، لأنّ التوزيع بالقيمة تخمين ، واحتمال
الخطأ فيه كثير وبيع المراجعة أمانة فلم يجز هذا فيه .
انظر : الحفني لابن قدامة ١٣٨/٤ .
- (٤) مابين القوسين ساقط من ب .
- (٥) وه جزم أكثر الأصحاب ، وحكى ابن قدامة عدم الخلاف في ذلك
انظر : المراجع السابقة .

- أنه غلط في الثمن ، وأنه كان اشتراء بتسعين درهما ، فالبيع صحيح (١)
وقد أبان البائع عن أمانته ، وللمشتري أن يأخذ الثوب بتسعين وحصتها من
الربح ، فيكون تسعة وتسعين درهما (٢) ، ويرجع / على البائع بالنقصان ١٣٣ ب/
وحصته من الربح ، وذلك أحد عشر درهما .
- ثم المذهب أن لا خيار للمشتري فيه (٣) ، وقد خُرج قول آخر (٤)
أن له الخيار في الفسخ أو المقام من (٥) مسألة تأتي ، وهي (٦) أن
تقوم البينة بخيانة (٧) البائع في الثمن على ما سنذكره من شرح المذهب
وترتيبه . (٨)

- (١) هذا هو الوجه الصحيح ، وهو المذهب ، ومه جزم الروياني والشريني
والمحلّي وغيرهم . وفي وجه : لا يصحّ البيع هنا ، لكون الثمن
مجهولاً عند العقد .
- انظر : المهذب ٢٩٧/١ ، والفتح ١٣/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ ،
والحلية ٧٦/ألف ، والمفني ٧٩/٢ ، وشرح المحلّي ٢٢٣/٢ .
- (٢) هذا هو القول الصحيح المشهور أي تحطّ الزيادة وحصتها
من الربح ؛ لأنه تمليك يعتبر فيه الثمن الأوّل فاذا أخبر
بزيادة وجب حطّ الزيادة ، كالشفعة والتولية . وفي قول آخر :
لا تحطّ الزيادة ؛ لأنه سعى ثمنا معلوماً وعقد به العقد ،
فليجب وإن كان ملتبساً . انظر : المراجع السابقة .
- (٣) وهو الأصحّ لدى الشافعية . انظر : المراجع السابقة .
- (٤) ج : " قولاً آخر " وهو خطأ .
- (٥) أ : " في " والتصويب من باقي النسخ .
- (٦) أ ، ج ، د : " وهو " والتصويب من ب .
- (٧) من ب ، ج ، د ، وفي أ ، د : " بجناية " وهو خطأ .
- (٨) انظر : ص ٩٨٣ وما بعدها .

ثم إذا أخذه المشتري بالتسعين وحصتها من الربح فذهب الشافعي أنه يأخذه بالعقد الأول^(١) . وقال بعض أصحابنا : يأخذه بعقد مستأنف .

وهذا غلط ؛ لأنه لو أخذه بعقد مستأنف ، لبطل العقد الأول . ولافتقر^(٢) إلى اشتراط قدر الربح فيه^(٣) ، كما افتقر إليه في الأول .

- فصل -

فأما بيع المخاسرة فصورته أن يقول : شراء هذا الثوب على مائة درهم ، وقد بعته^(٤) مخاسرة بنقصان العشرة^(٥) واحد^(٦) . فهذا جائز كبيع المرابحة لأنهما قد^(٧) عقداه بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد ، وإن كان مجهولاً حال العقد .

وإذا صح جواز المخاسرة ، كما صح^(٨) جواز المرابحة فقد اختلف أصحابنا في كيفية الحكم فيه ، والذي عليه قول الجمهور^(٩) منهم أنه يردّ

-
- (١) وهو جزم في أسنى المطالب ٩٥/٢ ، وحاشيتي البجيرمي ٢٨٨/٢ ، والجل ١٨٤/٣ (ولم أقف على الوجه الثاني في كتب المذهب) .
(٢) ج : " ولا افتقر " وهو خطأ .
(٣) فيه : ليس في أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .
(٤) بعته : أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د : " بعته هو " خطأ .
(٥) بنقصان العشرة : تكرر في د .
(٦) ج : واحد منها .
(٧) ج : بدون " قد " .
(٨) ج : " كما يصح " ويأباه السياق .
(٩) وهو أصح الوجهين في المذهب ، انظر : الفتح ٥٥/٩ .

كل أحد عشر درهما ^(١) من رأس المال إلى عشرة دراهم ، فيصير آخذاً لهذا الثوب بأحد وتسعين درهما ، إلّا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم ، لأنّ التسعة والتسعين ^(٢) ردت إلى تسعين ، والدرهم الباقي أسقط منه جزءاً من أحد عشر جزءاً .

قالوا : وإنما ردت الأحد عشر إلى العشرة في ^(٣) المخاسرة كما ردت العشرة إلى الأحد عشر في المراجعة .

وقال بعض أصحابنا ^(٤) : بل يردّ كل عشرة من رأس المال إلى تسعة ، فيحطّ من الثمن العشر ، فيصير ^(٥) آخذاً لهذا الثوب بتسعين درهما . قالوا : لأنّه لمّا وجب ^(٦) في المراجعة أن يزداد ^(٧) على كسل عشرة واحد ، وجب أن ينقص في المخاسرة من كل عشرة واحد ، وهو ^(٨) قول بعض العراقيين .

-
- (١) درهما : أثبتته من ب ، ج . ولا يوجد في أ ، د .
 (٢) من ب ، ج ، د . وفي أ : " والتسعون " وهو خطأ .
 (٣) ب ، ج : " من " ويأباه السياق .
 (٤) وبه قال القاضي أبو الطيّب الطبري ، وصحّحه الشيرازي ، قال : لأنّ المائة عشر مرّات عشرة ، فإذا وضع من كل عشرة درهما ، بقي تسعون . انظر : المهدّب ٢٩٧/١ .
 (٥) من ج ، وفي باقي النسخ : " ويصير " ويأباه السياق .
 (٦) ج : أوجب .
 (٧) ج : أن يردّ .
 (٨) ب : وهذا .

والأصح من المذهبين عندى أن يعتبر لفظ العقد ، فإن كان قال : " وأخسر لكل عشرة واحدا " ردت ^(١) الاحد عشر إلى (عشرة ، كما قاله الأصوليون . وإن كان قال : " وأخسر من كل عشرة واحدا ردت العشرة إلى) ^(٢) تسعة ، كما قاله الآخرون ^(٣) ؛ لأن لفظه " من " تقتضي إخراج واحد من العشرة ، وتخالف معنى " اللام " ^(٤) .

- مسألة -

قال الشافعي ^(٥) : (فإن قال : " ثمنها أكثر من مائة " وأقام على ذلك بينة ، لم يقبل منه ، وهو مكذب لها) ^(٦) .

وصورتها في رجل باع ثوبا مرابحة بربح العشرة واحدا ^(٧) ، وأخبر

أن الثمن مائة درهم ، وأخذ المشتري بمائة وعشرة دراهم ، ثم عاد البائع

فذكر أنه غلط في إخبار الشراء ، وأن الثمن مائة وعشرون ^(٨) / ، فللمشتري ١٣٤ / أ

-
- (١) من ب ، ج ، وفي أ ، د : ردت به .
 (٢) ما بين القوسين أثبتته من ب ، وهو ساقط من سائر النسخ .
 (٣) راجع : المغني لابن قدامة ١٣٦ / ٤ .
 (٤) د : بعدها زيادة : " والله أعلم " راجع في تفريعات هذا الفصل : المهذب ٢٩٥ / ١ ، والتنبيه ص ٦٧ ، والفتوح ٥ / ٩ ، والروضة ٥٢٧ / ٣ ، والضحاك مع المغني ٧٧ / ٢ ، وشرح المحلى مع قليوبي وعميرة ٢٢٢ / ٢ .
 (٥) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
 (٦) انظر : مختصر المزني ٢٠٠ / ٢ .
 (٧) ج : واحدا .
 (٨) د : " مائة وعشرين " وهو خطأ .

حالتان : حال صدّقه ^(١) على ما ذكر من غلظه . وحال يكذّبه .

فان صدّقه على ما أخبر به من الغلط من أخذه بمائة وعشرين درهما ^(٢) ، قيل للمشتري : أنت بالخيار بين أن تأخذه بهذا الثمن وحصّته من الربح ، وذلك مائة واثنان وثلاثون درهما ، وبين أن تفسخ البيع فيه . ^(٣)

وإن كذّبه فالقول قول المشتري . وإن كان البائع حين أخبرني الأوّل أنّ الثمن مائة درهم ^(٤) ، ذكر ^(٥) أنه اشتراه بنفسه ، لم تسمع له بيّنة بما ادّعاء في الثاني من المائة وعشرين ^(٦) ؛ لأنه مكذّب لبيّنته ^(٧) بالقول الأوّل ، ومن حفظ عليه إكذاب بيّنته ردّت عليه ، ولم تقبل ^(٨) منه .

فان طلب البائع يمين المشتري على أن الثمن مائة درهم ،

(١) من ب ، ج . وفي أ ، د : حالة يصدّق .

(٢) في ب ، ج : فان صدّقه على أن الثمن مائة وعشرون درهما .

(٣) قلت : في صحّة البيع هنا يوجد وجهان للأصحاب . أحدهما :

أنه يصحّ كما لو غلط بالزيادة . هذا هو الأصحّ عند الأكثرين ،

وهو جزم الماوردي هنا ، وكذا المحاملي ، والجرجاني ، والفزالي ،

والشيرازي ، والآخرين . والثاني وهو الأصحّ عند الجويني والبلغوي :

أنه لا يصحّ لتعدّد إضاءاته مزايدها فيه العشرون بربحها ؛ لأنّ

العقد لا يحتمل الزيادة ، وأمّا النقص فهو معهود بدليل

الأثرش .

وعلى الوجه الأوّل لا تثبت الزيادة على الأصحّ ، ولكن يكون للبائع

الخيار . وقيل : تثبت الزيادة مع ربحها ، ويكون للمشتري الخيار .

راجع المهدّب ٢٩٧/١ ، والفتح ١٥/٩ ، والروضة ٥٣٤/٣ ،

والمنهاج مع المغني ٢٩٩/٢ .

(٤) ج : بدون " درهم " د : " مائة وعشرة دراهم " وهو خطأ .

(٥) ج : " ثم ذكر " ويأباه السياق .

(٦) ب ، ج : ادّعاء في الثاني من الثمن أنه مائة وعشرون .

(٧) ج : " لنفسه " وهو تصحيف .

(٨) ب ، ج : ولم تسمع .

ففي وجوب إخلافه ^(١) وجهان ^(٢) مخرجان من اختلاف قوليه في يمين المدعى بعد نكول المدعى عليه هل تجرى ^(٣) مجرى البينة ، أو تجرى ^(٤) مجرى الإقرار ؟

فان قيل : إنها ^(٥) تجرى مجرى البينة ، لم يجب إخلافه ؛ لأنه لو أقام بينة لم تسمع وإن قيل : إنها تجرى مجرى الإقرار وجب إخلافه ؛ لأن المشتري لو أقر بما ادّعاء البائع (لزمه .

فأما إن كان البائع ^(٦) حين أخبر بالاثول ^(٧) بأن الثمن مائة درهم ، أخبر بذلك عن شراء وكيله أو عبده المأذون له في التجارة ، ثم عاد فذكر ^(٨) أن الوكيل أخطأ ، وأن العبد غلط ، وأن الثمن مائة وعشرون ^(٩) فهل تسمع منه البينة بما ادّعاء من ذلك ؟ على وجهين : ^(١٠)

أحدهما : لا تسمع بينته ، كما لو أخبر ^(١١) أنه اشتراه بنفسه ؛ ^(١٢) لأنه قد أكذبها ^(١٣) بما تقدّم من قوله . فعلى هذا في وجوب إخلاف المشتري وجهان . ^(١٤)

- (١) ب : * اختلافه * ج : * ففي جواز إخلافه * وهو خطأ .
- (٢) أصحهما : له تحليفه ، وبه قطع المحامي وغيره . وعلى هذا فان نكل ففي ردّ اليمين على المدعى وجهان أصحهما : ترد . انظر الروضة ٥٣٥/٣ .
- (٣) ج : يجرى .
- (٤) تجرى : ليست في رد . وفي ج : يجرى .
- (٥) ج : إنما * وهو تصحيف .
- (٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
- (٧) ب ، ج : في الأول .
- (٨) من ب ، ج . وفي أ ، د : * يذكر * وهو تصحيف .
- (٩) د : * مائة وعشرين * وهو خطأ .
- (١٠) الأظهر : أنها تسمع . انظر : الفتح ١٦/٩ ، والروضة ٥٣٥/٣ .
- (١١) ج : لو أقر .
- (١٢) ج : * لنفسه * وهو خطأ .
- (١٣) ج : * لا يتعدى كذبها * وهو تصحيف .
- (١٤) المرجعان السابقان .

والوجه الثاني : أَنَّ بَيِّنَتَهُ بِمَا ادَّعَاهُ مَسْمُوعَةٌ يَحْكُمُ بِهَا عَلَى
المُشْتَرَى ، وَيَجْعَلُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالثَمَنِ الَّذِي قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ^(١)
وَحَصَّتْهُ مِنَ الرِّبْحِ ، أَوِ الْفَسْخِ .

فَإِنْ عَدِمَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ كَانَ لَهُ إِحْلَافُ الْمُشْتَرَى وَجْهًا وَاحِدًا .
فَإِنْ حَلَفَ كَانَ لَهُ أَخْذُ الثُّوبِ بِالثَمَنِ الْأَوَّلِ وَحَصَّتْهُ مِنَ الرِّبْحِ . وَذَلِكَ مِائَةٌ
وَعِشْرَةَ دِرَاهِمٍ . وَإِنْ نَكَلَ رَدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْبَائِعِ . فَإِذَا حَلَفَ قِيلَ لِلْمُشْتَرَى
: أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي أَخْذِ الثُّوبِ بِالثَمَنِ الثَّانِي وَحَصَّتْهُ مِنَ الرِّبْحِ ، وَذَلِكَ مِائَةٌ ^(٢)
وَاثْنَانِ وَثَلَاثُونَ دِرْهَمًا ، وَمِمَّنْ أَنْ تَفْسَخَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ . ^(٣)

- سَأَلَةٌ -

قَالَ الشَّافِعِيُّ ^(٤) : (وَلَوْ عَلِمَ أَنَّهُ خَانَهُ ، حَطَّتْ الْخِيَانَةُ
وَحَصَّتْهَا ^(٥) مِنَ الرِّبْحِ وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ قَائِمًا كَانَ لِلْمُشْتَرَى أَنْ يَرُدَّ ، وَلَمْ
أُفْسَدِ ^(٦) الْبَيْعُ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى مُحَرَّمٍ عَلَيْهِمَا مَعًا ^(٧) ، إِنَّمَا وَقَعَ
مُحَرَّمًا عَلَى الْخَائِنِ مِنْهُمَا ، كَمَا يَدُلُّ لَهُ بِالْعَيْبِ فَيَكُونُ التَّدْلِيلُ ^(٨) مُحَرَّمًا ،

- (١) ج : قَامَتْ الْبَيِّنَةُ بِهِ .
(٢) مائة : سَاقِطَةٌ مِنْ ج .
(٣) وَاللَّهُ أَعْلَمُ : لَيْسَ فِي ج . وَانْظُرْ فِي تَفْرِيعَاتِ هَذِهِ السَّأَلَةِ :
الْمَهْذَبُ ٢٩٧/١ ، وَالْفَتْحُ ١٥/٨ ، ١٦ ، وَالرُّوْضَةُ ٥٣٤/٣ -
٥٣٥ ، وَالْمَنْهَاجُ مَعَ الْمُفْنِيِّ ٧٩/٢ ، وَالنِّهَايَةُ ١١٦/٤ ، وَشَرْحُ
الْمَحَلِّيِّ ٢٢٤/٢ .
(٤) ب ، ج : الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .
(٥) وَحَصَّتْهَا : سَاقِطَةٌ مِنْ د .
(٦) ج : وَلَمْ يَفْسُدْ .
(٧) مَعًا : سَاقِطٌ مِنْ ج .
(٨) مِنْ ب ، ج ، م . وَفِي أ ، د : " فَيَكُونُ فِي التَّدْلِيلِ " وَهُوَ خَطَأٌ .

(وما أخذ من ثمنه محرّماً)^(١) ، وكان للمشتري / في ذلك الخيار^(٢) ١٣٤ ب
قال المزني : إلى آخر الفصل من كلامه .

وصورتها في بيع المراجعة إذا أخبر البائع أنّ الثمن مائة درهم ،
فأخذه المشتري بمائة وعشرة دراهم ، ثم علم المشتري بعد افتراقهما بخيانة^(٣)
البائع في الثمن ، وأنه ثمانون درهما ، فإن لم يكن للمشتري بينة على ما ادّعاه^(٤)
من خيانة البائع ، فالقول قول البائع ، مع يمينه ، وهو لازم للمشتري بالثمن الأوّل
، وإن أقام المشتري بينة على ما ادّعى من خيانة البائع سمعت ، ولم يبطل
بها البيع .^(٥)

وقال مالك : إذا أقام المشتري البينة^(٦) بخيانة البائع ،
بطل البيع^(٧) لانعقاده بثمن مجهول . وبه قال من أصحابنا من زعم
أنّ البائع إذا أخبر بنقصان الثمن أنّ المشتري يأخذ بعقد ستأنف

-
- (١) ما بين القوسين ساقط من النسخ وأثبتته من المختصر .
(٢) انظر : مختصر المزني ٢/٢٠٠-٢٠١ قلت : لا يوجد فيه كلام
المزني الذي أشار إليه الماوردي .
(٣) ب ، ج : ثم عاد المشتري بعد افتراقهما يدّعي بخيانة .
(٤) من ب ، ج ، وفي أ ، د : على ما ادّعى .
(٥) هذا هو الوجه الصحيح المشهور ، وهو المذهب ، وفي وجه :
يبطل البيع . انظر : المهذّب ١/٢٩٧ ، والفتح ٩/١٣ ،
والروضة ٣/٥٣٣ ، والمغني ٢/٧٩ ، والنهية ٤/١١٦ .
(٦) ب ، ج : بينة .
(٧) قلت : عند مالك يصحّ البيع هنا ، ولكن هل يثبت للمشتري
الخيار ؟ فيه تفصيل ، فقد جاء في المدوّنة (٤/٤٧٤) قول
مالك : " إن كان لم يتركها المشتري ، كان بالخيار إن شاء
أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء تركها ، وليس زيادته وظلمه

(١) (لانعقاده بضمن مجهول) .

وهذا غلط ؛ لأنّ خيانة البائع عيب دّلس به على المشتري ،
والتدليس بالعيب إذا ظهر (٢) بعد العقد (٣) ، لم يوجب بطلان
البيع . وما ذكره من جهالة الثمن بحطّ الخيانة (٤) غير مسلم ؛ لأنّ
التدليس بالعيب إذا أوجب الرجوع بالأرّش ، لم يقتض (٥) جهالة الثمن ،
فكذلك (٦) إذا وجدت الخيانة (٧) ، لم يؤثّر في جهالة الثمن .

فإذا ثبت أنّ البيع لا يبطل بظهور الخيانة ، لم يخل حال
الثوب المشتري (٨) من (٩) أن يكون باقيا أو تالفا ، فإن كان الثوب

====
بالذى يحمل عليه بأن يؤخذ بما لم يبيع به . وإن فاتت السلعة ،
قوّمت ، فإن كانت قيمتها أقلّ من رأس المال ومن الربح عليه ، لم
ينقص من ذلك . وإن كانت قيمتها أكثر مما ابتاعها به البتاع
وربحه ، لم يزد على ذلك ؛ لأنّه قد رضي بذلك أوّلا .
راجع في مذهبه أيضا : الموطأ مع المنتقى ٥١/٥ ، والقوانين ص
٢٨٩ ، والبداية ١٧٩/٢ ، والخرشي ١٢٩/٥ ، والمواهب
مع التاج والإكليل ٤٩٤/٤ .

- (١) مابين القوسين ساقط من ب ، ج .
- (٢) د : ظهر به .
- (٣) بعد العقد : ساقط من ج .
- (٤) ج : " الجناية " وهو خطأ .
- (٥) أ ، ب ، د : " لم يقتض " والتصويب من ج .
- (٦) من ب ، ج . وفي أ ، د : " وكذلك " ويأباه السياق .
- (٧) ب : " لو وجب حطّ الخيانة " ج : " لو وجب دخل الخيانة " .
- (٨) ب ، ج : الثوب المبيع .
- (٩) من : أثبت من ب ، ج ، وليس في أ ، د .

باقيا فهل تحطّ الخيانة ونصيها^(١) من الربح أم لا ؟ على قولين :^(٢)

أحدهما - قاله في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى^(٣) : أنَّ الخيانة لا تحطّ وأنَّ للمشتري أخذه بالثمن الاثول ، وهو مائة وعشرة دراهم ؛ لأنَّ البائع لم يرز باخراج الثوب من يده ، إلّا بهذا الثمن . فعلى هذا يكون للمشتري الخيار لظهور الخيانة بين أن يقيم على البيع بهذا الثمن أو يفسخ ، ولا خيار للبائع .

والقول الثاني : - نصّ عليه في هذا الموضع من كتاب البيوع :-

أنَّ الخيانة تحطّ وحصّتها من الربح ؛ لأنَّ عقد البيع كان بالثمن ، وربح العشرة واحد ، فاذا بان أنَّ الثمن ثانون^(٤) درهما ، فللمشتري أن يأخذه بثمانية وثمانين درهما . فعلى هذا هل يثبت للمشتري الخيار (أم لا ؟ قال الشافعي في هذا الموضع إذا ظهرت خيانة البائع ، كان للمشتري الخيار)^(٥) . وقال^(٦) في البائع إذا عاد وأخبر بنقصان الثمن^(٧) أنه ليس للمشتري الخيار . فاختلف أصحابنا في المسألتين ، فكان بعضهم ينقل جواب^(٨) كل مسألة الى الأخرى ويخرجهما^(٩) على قولين :^(١٠)

(١) ب ، ج : وحصّتها .

(٢) والقول الثاني هو الصحيح الاظهر . انظر : المهذب ٢٩٧/١ ،

والفتح ١٣/٩ ونسب القول الاثول إلى أبي حنيفة ، والثاني إلى أحمد ، والروضة ٥٣٣/٣ .

(٣) راجع : الاثم ٩٦/٧ .

(٤) ج : " ثمانين " خطأ .

(٥) مابين القوسين ساقط من ج .

(٦) تقدّم في ص : ٩٥٩ ، ٩٧٥ ، ٩٧٦ .

(٧) الثمن : ليس في ج .

(٨) ج : " جواز " وهو تصحيف .

(٩) أ ، د : " ويخرجوا " والتصويب من ب ، ج .

(١٠) وهو أصحّ الطريقين وأظهرهما . انظر : الفتح ١٣/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ .

أحدهما : (١) لا خيار للمشتري ، سواء حطّت (٢) الزيادة باقرار

البائع أو بقيام البينة عليه بالخيانة ، لأنه لما رضى أن يأخذ الثوب بمائة وعشرة دراهم وصار (٣) العقد له / لازما . فاذا أخذ (٤) بثمانمائة ١٣٥/أ وثمانين (٥) فأولى أن يكون به (٦) راضيا ، ويكون العقد له لازما .

والقول الثاني (٧) : أن للمشتري الخيار في فسخ البيع أو إرضائه ، لأنه

قد يكون له غرض في ابتياعه بمائة وعشرة يعدمه إذا ابتاعه بثمانمائة وثمانين وهو أن يكون وكلا ، وكله أن يشتري ثوبا بهذا الثمن ، أو وصيا في وصية ، أو حالفا (٨) بيمين (٩) قصد أن يبرّ فيها ، فاذا نقص من الثمن فاته الغرض ، فوجب له (١٠) الخيار .

وقال آخرون من أصحابنا : إنّ الجواب محمول على ظاهره فسي

الموضعين وليست المسألة على قولين ، بل (١١) لا خيار له إذا حطّت الزيادة باقرار البائع ،* (وله الخيار إذا حطّت ببينة قامت بخيانة البائع .

- (١) وهو أظهر القولين . انظر : المرجعين السابقين .
- (٢) من ج ، وفي باقي النسخ : " دخلت " وهو خطأ .
- (٣) من ب ، ج . وفي أ ، د : " صار " بسقوط الواو .
- (٤) ب ، ج : أخذه .
- (٥) ج : بثمانية وثمانين درهما .
- (٦) به : ليس في ج .
- (٧) وه قال الإمام أبو حنيفة أيضا . انظر : فتح العزيز ٩/١٤ .
- (٨) أ ، د " أو حالفا " والتصويب من ب ، ج .
- (٩) ج : في يمين .
- (١٠) له : ساقط من د .
- (١١) د : " قيل " وهو خطأ .

والفرق بينهما : أنَّ الحطيطة إذا كانت ^(١) باقرار البائع ^(٢) *
دلّت على أمانته فلم يثبت في العقد خيار لسلامته ، وإذا كانت ^(٣) الحطيطة
بالبينة ، دلّت على خيانتها ، ولم يؤدّ من حدوث خيانة ثانية من جهته ، فيثبت
في العقد الخيار للمشتري .

فإذا قيل : إنَّ للمشتري الخيار (فاختار الفسخ ، عاد الثوب
إلى البائع ، وإن اختار المقام ، أو قيل أن ليس للمشتري خيار) ^(٤) ، فهل
للبائع الخيار أم لا ؟ على قولين : ^(٥)

أحدهما - قاله في كتاب البيوع - ^(٦) : لا خيار له ، لأنّه
لم يُفَرِّشْه ^(٧) ، ولا دلّس عليه بعيب .

والقول الثاني - قاله في ^(٨) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى - :
له الخيار ^(٩) ؛ لأنّه لم يطب نفسا باخراج الثوب من يده إلا بالثمن الذي
ذكره حقا كان أو باطلا .

(١) ب : " وإذا كان " خطأ .

(٢) ما بين القوسين تكرر في ج .

(٣) د : " وإذا قامت " وهو تصحيف .

(٤) ما بين القوسين سا قط من د .

(٥) فيه وجهان ، وقيل : قولان ، أصحهما : لا خيار له .

أنظر : الفتح ١٤/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ .

(٦) وقد تقدّم نصّه في ص : ٩٨٢ - ٩٨٣ .

(٧) ج : لأنّه لم يغش .

(٨) د : من .

(٩) قلت : بل نصّ هنا أيضا على أنه لا خيار للبائع . انظر :

الأ ٩٦/٧ .

فصل -

فأما إن كان الثوب تالفاً ، وقد قامت البيّنة بخيانة البائع ، فالواجب أن تحطّ (١) الخيانة وحصّتها من الربح قولاً واحداً (٢) ؛ لأنّه مع التلف كالعيب المرجوع فيه بالأرّش ، ثم لا خيار للمشتري فيه قولاً واحداً (٣) ؛ لأنّ خياره يثبت مع إمكان الردّ .

فأما البائع ، فإن قيل : لا خيار له مع بقاء السلعة ، فلا خيار له (٤) مع تلفها (وإن قيل : له الخيار مع بقاء السلعة ، فله الخيار (٥) مع تلفها) (٦) ؛ لأنّ تلف ذلك (٧) يد المشتري إذا (٨) منعه من الفسخ ، لم يمنع البائع من الفسخ . ألا ترى لو أنّ رجلاً ابتاع عبداً بأمة ، وتقابضا ، ثم مات العبد ، ووجد كل واحد منهما عيباً فيما ابتاعه لم يكن لمشتري العبد خيار لتلفه في يده ، (وله الرجوع بأرّشه ، ووجب لمشتري

-
- (١) من ب وفي سائر النسخ : " أن تجعل " وهو تصحيف .
 (٢) قلت : فيه طريقتان للأصحاب ، فمنهم من جعله على قول واحد وهو صنيع الماوردي والشيрази . ومنهم من أجرى فيه القولين كما في الزيادة ، وهو الأصحّ لدى الشيخين . انظر : المهذب ٢٩٧/١ ، والفتح ١٤/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ .
 (٣) قلت : فصل فيه الشيطان فقالا : إنّنا إنّ قلنا بالانحطاط ، فلا خيار للمشتري وإن قلنا بعدم الانحطاط ، فهل للمشتري الفسخ ؟ فيه وجهان . أظهرهما : لا ، كما لو عرف العيب بعد تلف المبيع ، ولكن يرجع بقدر التفاوت وحصّته من الربح . كما يرجع بأرّش العيب . انظر : المرجعين السابقين الآخرين .
 (٤) له : ساقط من د .
 (٥) انظر : الفتح ١٤/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ .
 (٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
 (٧) ب ، ج : في .
 (٨) د : " فاذا " ويأباه السياق .

الأئمة الخيار ، وإن تلف ما قابلها ^(١) ، لبقائها في يده ^(٢) .

فإذا ثبت أنّ للبائع الخيار ، فإن اختار المقام والاضاء كان له الثمن ، بعد حظّ الخيانة وحصّتها من الربح ، وإن ^(٣) اختار الفسخ رجع على المشتري بقيمة الثوب ما بلغت ^(٤) ، وردّ ما قبضه ^(٥) / من ١٣٥ ب / الثمن . والله أعلم .

- فصل -

فأمّا المزني فانه تأوّل ^(٦) كلام الشافعي فيما قصد به مالكا في إبطاله البيع من ظهور ^(٧) الخيانة ، وهو قوله : " لانه لم ينعقد على محرّم عليهما معا . وانما وقع محرّما على الخائن منهما " فحمله على أنّ الشافعي أراد به تحريم الثمن على أحدهما فقال ^(٨) المزني : لو كان الثمن حراما وقت العقد ^(٩) ، كان البيع فاسدا ، وإنما حرم ^(١٠) السبب وهو الخيانة دون الثمن ، فالجواب أنّ الشافعي لم يرد تحريم الثمن في عينه ، كما توهم المزني ، وانما أراد تحريم السبب ، وهو التدليس والخيانة ،

- (١) ب : ما يقابلها .
- (٢) ما بين القوسين ساقط من ج .
- (٣) في النسخ : " فان " وهو خطأ والصواب ما أثبتته .
- (٤) ج : بالعيب بدل " ما بلغت " وهو تصحيف .
- (٥) من ب ، ج . وفي أ ، د : وردّ باقيه .
- (٦) ب : أول .
- (٧) ب ، ج : بظهور .
- (٨) ج : " وقال " ولا يتحمّله السياق .
- (٩) ب : " وقعت العقدة " خطأ .
- (١٠) ج : يحرم .

فكان التحريم راجعا إلى فعل ^(١) العاقد ، (لا إلى نفس العقد . والتحريم إذا رجع إلى العاقد) ^(٢) دون العقد ، لم يبطل العقد كتحريم النجش وتلقّي الركبان ، ولورجع التحريم إلى العقد دون العاقد كان مطلا للعقد ، كتحريم المنايذة واللامسة وبيع الحمل ، فعبر الشافعي عن تحريم الفعسل بتحريم الثمن ؛ لأنه لما كان مأخوذا بسبب ^(٣) محرم ، جاز أن يعتبر عنه بأنه محرم ، والله أعلم بالصواب . ^(٤)

* * *

(١) أ ، د : " إلى قصد " والتصويب من ب ، ج .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) ب ، ج : عن سبب .

(٤) والله أعلم بالصواب : ليست في ب ، ج .

[باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل من الثمن -]

قال الشافعي (١) : (ولا بأس بأن (٢) يبيع الرجل السلعة إلى أجل ، ويشتريها من المشتري بأقل من الثمن (٣) ، بنقد وعرض وإلى أجل (٤) . إلى آخر الباب (٥) .

وهذا كما قال . إذا باع الرجل سلعة بثمن حال أو مؤجل واfterقاً على الرضاء به . جاز أن يبتاعها من المشتري قبل قبض الثمن وبعده بمثل ذلك الثمن وبأكثر منه أو أقل من جنسه أو غير جنسه حالاً أو مؤجلاً .

-
- (١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
 (٢) في النسخ " أن " بدون الباء ، والمثبت من م .
 (٣) من الثمن : ساقط من م .
 (٤) وإلى أجل : ليس في ج .
 (٥) انظر : مختصر المزني ٢٠١ / ٢ وتامه : (قال بعض الناس : إن امرأة أتت عائشة فسألتها عن بيع باعة من زبدين أرقم بكذا وكذا إلى العطاء ، ثم اشترته منه بأقل ، فقالت عائشة : بثسما شريت وبثسما ابتعت ، أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب .
 قال الشافعي : وهو مجمل ، ولو كان هذا ثابتاً فقد تكسبون عائشة عابت البيع إلى العطاء ، لأنه أجل غير معلوم ، وزيد صحابي . وإذا اختلفوا فمذهبنا القياس ، وهو مع زيد ، ونحن لا نثبت مثل هذا على عائشة ، وإذا كانت هذه السلعة لى كسائر مالي لم لا أبيع ملكي بما شئت وشاء المشتري ؟) أهـ . وراجع في المسألة أيضاً : الاثم ٦٨ / ٣ ، والفتح ٢٣١ / ٨ ، والروضة

وبه قال من الصحابة ابن عمر ^(١) ، وزيد بن أرقم ، وجّل التابعين ، وجمهور الفقهاء ^(٢) .

وقال مالك ^(٣) : لا يجوز أن يشتريه بأقلّ من ذلك الثمن نقداً ، ويجوز أن يشتريه بثله أو بأكثر منه نقداً ونسأً .

وقال أبو حنيفة ^(٤) : إن كان الثمن ^(٥) من جنس واحد يدخله الربا كالورق ^(٦) لم يجز أن يبتاعه ثانية إلاّ بثل الثمن

(١) انظر : المحلّى ٥١ / ٩ ، وسنن البيهقي ٣٣١ / ٥ وقال صاحب الجواهر النقي : ونقل عن ابن عمر ما يعارض ما ذكره البيهقي عنه .

(٢) قلت : وقع سهو من المؤلف في نسبة جميع هذه الصور إلى الجمهور ؛ لأنّ من بين هذه الصور بيع العينة ، وهو أن يبيع شيئاً بثمن مؤجل ، ثم يشتريه بأقلّ منه نقداً ، فهذا لا يجوز عند جمهور الفقهاء ، كما لم يثبت أن أحداً من الصحابة ، بل ولا من التابعين رخص في ذلك ، بل عاتمة التابعين على تحريم ذلك . وأجازة الشافعي - مع الكراهة - وداود الظاهري وأصحابه .

انظر في المسألة : بداية المجتهد ١١٧ / ٢ ، والمحلّى ٤٧ / ٩ وما بعدها ، والمغني لابن قدامة ١٣٢ / ٤ ، والفتح ٢٣١ / ٨ ورحمة الأئمة ص ١٤٣ ، والميزان للشعراني ٥٦ / ٢ .

(٣) انظر : المدوّنة ١١٧ / ٤ ، والقوانين ص ٢٩٧ ، والمنتقى ٣٢ / ٥ ،

وبداية ١١٧ / ٢ ، والمواهب ٣٩٢ / ٤ ، والخرشي ٩٥ / ٥ .

(٤) أنظر : الهداية مع الفتح ٣٢ / ٦ ، والبداية ٣١٤٢ / ٧ وما

بعدها ، والتبيين ٥٣ / ٤ .

(٥) من ب ج أ . : * الثمنين * د : * الثمن * .

(٦) ج : * كالنقدين * وهو خطأ .

(١) الاثول (من غير زيادة ولا نقص وإن كان الثمن ما لا ربا فيه كالعروض جاز أن يبتاعه ثانية بمثل الثمن الاثول) (٢) (٣) وأكثر من الثمن الاثول ، وأقل .
وإن كان الثمنان من جنسين فيهما الربا كالذهب والورق جاز التفاضل بين الثمنين قياسا (٤) ، ولم يجز استحسانا .

واستدلوا برواية ابن أبي اسحاق السبيعي (٥) عن أمه العالية (٦) بنت أيفع (٧) قالت : خرجت أنا وأمّ محبة (٨) إلى الحجّ ، فدخلنا

-
- (١) وقد حكى ابن قدامة في مغنيه (١٣٢/٤) عدم الخلاف في جوازه .
- (٢) بمثل الثمن الاثول : ساقط من ب ، ج .
- (٣) ما بين القوسين ساقط من د .
- (٤) وذلك لأنهما جنسان مختلفان حقيقة ، فالتحقا بسائر الأجناس المختلفة . ووجه الاستحسان : أنهما في الثمنية كجنس واحد ، فيتحقق الربا . أنظر : البدائع ٣١٤٣/٧ .
- (٥) هو يونس بن أبي اسحاق السبيعي أبو اسرائيل الكوفي ، صدوق يهيم قليلا ، وثقه ابن معين ، وقال أبو حاتم : لا يحتجّ به ، مات سنة ١٥٢ هـ على الصحيح . أنظر : الجرح ٢٤٣/٩ ، والكشاف ٣٠٣/٣ ، والتهذيب ٤٣٣/١١ ، والتقريب ص ٣٩٠ .
- (٦) د : " عن أم عالية " وهو خطأ .
- (٧) هي العالية بنت أيفع بن شراحيل ، امرأة أبي اسحاق من التابعيات ، سمعت من عائشة . انظر طبقات ابن سعد ٣٥٧/٨ .
- (٨) ذكرها ابن سعد في طبقاته ٣٥٨/٨ فقال : أم محبة سألت ابن عباس وسمعت منه ، وروى عنها أبو اسحاق السبيعي . وفي التعليق المغني ٥٢/٣ : " أم محبة بضم الميم وكسر الحاء " ، كما ضبطه الدارقطني في كتاب المؤء تلف والمختلف .

على عائشة رضي الله عنها / فسلمنا عليها ، فقالت من أين ؟ قلنا ^(١) آ/١٣٦
من الكوفة ، فكأنها ^(٢) أعرضت ، فقالت لها أم حبيبة : يا أم المؤمنين ،
كانت لي جارية ، وصعتها من ^(٣) زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ،
فأراد بيعها ، فاشتريتها منه بستمائة درهم نقدا ، فقالت عائشة ^(٤) : بئس
ما شريت ، وبئس ما ابتعت ، أخبرني زيد بن أرقم أنه قد ^(٥) أبطل جهاد
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلّا أن يتوب ، فقالت : " أ رأيت لو أخذت
رأس مالي ؟ فتلت ^(٦) عائشة ^(٧) قول الله تعالى ^(٨) : * فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف * . ^(٩) ^(١٠)

قالوا : فلما أبطلت عائشة ^(١١) البيع وجهاد زيد ، لم يجز
أن يكون عن اجتهاد منها ، بل عن نصّ وتوقيف لأمرين : أحدهما : أن
القياس لا يقتضيه . والثاني : أن إبطال الجهاد بالاجتهاد

-
- (١) ج : قلنا .
(٢) ج : " كأنها " بدون الغاء ، ويأباه السياق .
(٣) ج : بدون من .
(٤) ج : عائشة رضي الله عنها .
(٥) ج : بدون قد .
(٦) ب ، ج : قالت فتلت .
(٧) ج : عائشة رضي الله عنها .
(٨) د : الله عز وجل .
(٩) سورة البقرة : ٢٢٥ .
(١٠) أخرجه الدارقطني ٥٢/٣ ، والبيهقي ٣٣٠/٥ ، وابن حزم في
المحلّى ٤٨/٩ ، كما ذكره الشافعي في الاثم ٦٨/٣ ، ونسبه
ابن قدامة في المفتي ٣٢/٤ إلى أحمد وسعيد بن منصور .
وهذا الأثر ضعفه ابن حزم ولكن قوّاه ابن التركماني في الجواهر
النقي ، وكذا الزيلعي في نصب الراية ١٥/٤ .
(١١) ج : عائشة رضوان الله عليها .

لا يجوز . فثبت (١) أَنَّ (٢) قول عائشة (٣) محمول على سماعها ذلك من رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم . (٤)

قالوا : وقد روى عن ابن عباس (٥) أنه سئل عن باع حريرة (٦) بمائة درهم ، ثم اشتراها بخمسين درهما ، فقال : دراهم بدراهم متفاضلة ، وحريرة دخلت بينهما . (٧)

قالوا : ولأنّ ذلك ذريعة إلى الربا ، وموّد (٨) إليه ، وما كان موّديا (٩) إلى الربا ، كان منوعا منه (١٠) ، لقول النبيّ (١١) صَلَّى الله عليه وسلّم : " من حام حول الحمى ، يوشك أن يقع فيه " . (١٢)

-
- (١) من ب ، ج . وفي أ ، د : " ثبت " وبأباه السياق .
 (٢) أ : " بأن " وهو خطأ .
 (٣) ج : عائشة رضي الله عنها .
 (٤) قلت : وإضافة إلى ذلك فقد ورد النهي الصريح عن النبيّ صَلَّى الله عليه وسلّم في بيع العينة . أنظر ص : ١١٦٥ .
 (٥) ج : ابن عباس رضي الله عنه .
 (٦) ج : " جوهرة " وهو تصحيف .
 (٧) أخرجه ابن أبي شيبه ٤٨/٦ ، وابن حزم في المحلّى ٤٩/٦ بنحوه ، كما ذكره ابن قدامة في المغني ١٣٢/٤ قال : يعني خرقة حرير جعلها في بيعهما .
 (٨) ج : " موّديا " وهو خطأ .
 (٩) من ب ، ج . وفي أ ، د : " موّد " وهو خطأ .
 (١٠) منه : ساقط من ج .
 (١١) ب : لقوله .
 (١٢) هذا جزء من حديث طويل روى عن النعمان بن بشير . أخرجه البخاري ٢٠/١ ، ٦٩/٣ ، ١٢١٩/٣ ، وأبو داود ٢٤٣/٣ ، والترمذي ٥١١/٣ ، والنسائي ٢١٣/٧ ، وابن ماجه ١٣١٨/٢ .

وقال النبي (١) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " لعن الله اليهود ، حرّمت عليهم الشحوم ، فجلّوها وباعوها ، وأكلوا (٢) أثمانها " (٣) يعني (٤) بقوله "جلّوها " أذابوها (٥) . فلمنعهم لأنّهم فعلوا ما أذاهم إلى الحرام ، ولأنّ البائع في ابتياعه الثاني قد استفضل زيادة ليس في مقابلها عوض مضمون ، فوجب أن يمنع منه ، لنهيهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ربح ما لم يضمن (٦) والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه من جواز البيع عموم (٧) قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ (٨) ، ولأنّ كل سلعة جاز (٩) بيعها من غير بائعها بثمن ، جاز بيعها (من بائعها بذلك الثمن كالعرض (١٠)) ، ولأنّ كل سلعة جاز بيعها من شخص بعرض جاز بيعها (١١) منه بقيمة

(١) ب ، ج : بدون النبي .

(٢) د : فأكلوا .

(٣) روى مطوّلاً من حديث جابر وغيره . أخرجه البخارى ١١٠ / ٣ ، وسلم ١٢٠٧ / ٣ ، وأبو داود ٢٨٠ / ٣ ، والترمذى ٥٩١ / ٣ ، والنسائي ٢٧٢ / ٧ ، وابن ماجه ٧٣٢ / ٢ ، وابن الجارود ص ٢٠٠ ، والدارقطنى ٢٨٠ / ٣ .

(٤) يعني : ساقط من د .

(٥) ج : أى أذابوها .

(٦) تقدّم تخريجه في ص ٤٩١ هاش (١) .

(٧) عموم : ساقط من د .

(٨) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٩) ج : " كان " وهو تصحيف .

(١٠) ب ، ج : كالعرض .

(١١) ما بين القوسين ساقط من د .

ذلك العرض كالأجنبي ، ولا أنه بيع لا يحرم التفاضل في عوضه (١) ، فوجب أن يكون (٢) الرجوع في تقدير (٣) ثمنه إلى عاقدين (٤) كالبيع الأول .
ولأن لكل واحد من العاقدين حكم نفسه بدليل أن كل واحد منهما يصح مع الرضا (٥) ويبطل مع الإكراه ، ويفتقر إلى البذل والقبول ، وإذا (٦) انفرد كل واحد منهما بحكم نفسه لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر ، ولا بناءً أحدهما على الآخر .

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث عائشة (٧) فمن وجوه :

أحدها : _____ (٨) ضعف إسناده ووهاء طريقه / قال ١٣٦ ب (٩)

- (١) ب : عوضيه .
(٢) ج : " أن لا يكون " وهو خطأ .
(٣) د : " في نقد " بإبدال التاء بالنون ، ويسقط الحرفين الآخرين .
(٤) ب : " عاقد به " وهو تصحيف .
(٥) ب : مع التراضي .
(٦) ب : فإذا .
(٧) ج : عائشة رضي الله عنها .
(٨) أحدها : ساقط من ج .
(٩) قلت : قد صححه غير واحد . قال في التنقيح : إسناده جيد وإن كان الشافعي لا يثبت مثله عن عائشة . وكذلك الدارقطني قال في العالية : " هي مجهولة لا يحتج بها " فيه نظر ، فقد خالفه غيره ، ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرّم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد أه .

وكذلك صححه ابن الجوزي ، وردّ على من ضعفه من أجل جهالة العالية هذه . فقال : " قلنا : بل هي امرأة معروفة جلييلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات " .
===

الشافعي (١) : قلت لمن احتجّ بهذا الحديث أتعرف هذه المرأة ؟
فقال : لا . فقلت : كيف يصحّ لك الاحتجاج بحديث من لا تعرفه ؟ . على
أنّ اباحنيفة لا يقبل من أحاديث النساء إلّا ما روته عائشة وأمّ سلمة . (٢) (٣)
والجواب الثاني : أنّ عائشة (٤) إنّما أبطلت البيع (٥) إلى
العطاء لأنّه أجل مجهول . والآجال المجهولة يبطل بها البيع . (٦)

- وقال العلّامة ابن التركماني في الجوهر النقيّ : " العاليّة
معروفة روى عنها زوجها وابنها وهما إمامان . وذكرها ابن حبان
في الثقات وذهب إلى حديثها هذا الثوري ، والأوزاعي ، وأبو
حنيفة وأصحابه ، ومالك وابن حنبل ، والحسن بن صالح وغيرهم " .
راجع بهذا الخصوص : التعليق المغني على الدارقطني
٥٢/٣ ، ونصب الراية ١٥/٤ ، والجوهر النقي ٣٣٠/٥ .
- (١) ب : " الشافعي رضي الله عنه " قلت : لم أقف على كلام الشافعي
في مظانّه من الأمّ .
- (٢) قلت : لم أجد لهذا القول مرجعا ، بل بالعكس ذكر الأصوليون
حجّة أخبار النساء بالعموم إذا توقّرت فيها الشروط ، ولم يحكوا
فيه خلافا . راجع : أصول السرخسي ٣٣٢/١ ، ٣٥٢ ، وما
بعدها وفيها : " ألا ترى أنّ الصحابة كانوا يرجعون إلى أزواج
رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فيما يشكّل عليهم من أمر الدين ،
فيعتمدون خبرهم " وكشف الأستار ٤٠٣/٢ ، والتمهيد
للكلوذاني ١٠٧/٣ ، والفواتح ١٤٤/٢ وفيها : " يقبل خبر
المرأة العادلة من غير مشاركة رجل معها بخلاف الشهادة إن
اشتراط الذكورة فيها بالنصّ على خلاف القياس " .
- (٣) هي أمّ المؤمنين أمّ سلمة هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية .
كنيت بابنها . كانت هي وزوجها أوّل من هاجر إلى الحبشة .
وتزوجها النبيّ صلّى الله عليه وسلّم بعد أبي سلمة سنة أربع من
الهجرة . وتوفيت بالمدينة سنة ٥٩ هـ ، ولها ٨٤ سنة ، وهي آخر
أمّات المؤمنين وفاة . انظر : تهذيب الأسماء ٣٦١/٢ .
- (٤) ج : عائشة رضي الله عنها .
- (٥) البيع : ساقط من ج .
- (٦) وردّ العلّامة ابن التركماني على هذا فقال : وفي قولها : " رأييت
إن لم آخذ إلّا رأس مالي ؟ " وتلاوة عائشة الآية دليل على إبقائها

===

فان قالوا : إنما أنكرت البيع الثاني ، فإنها ^(١) قالت : بئس ما شريت ^(٢) وبئس ما ابتعت تكريرا لإنكار البيع الثاني . قيل : هذا غلط ، لأنها قالت بئس ما شريت بمعنى " بعت " قال الله تعالى : * وشروه بثمن بخس * ^(٣) أى باعوه ، وقال الشاعر :

وشريتُ بُردا ليتني من بعد برد كنت هامة ^(٤)

والجواب الثالث : أنه لو سلم أنّ ^(٥) إنكار عائشة ^(٦) توجه

إلى البيع الثاني دون الأول ، لما كان فيه دليل ، لأن زيدا قد خالفها ^(٧).

=====

العقد الأول ، وأنّ المنكر هو الثاني ، ولو كانت إنما أنكرته لكونه بيعا إلى العطاء - كما زعم الشافعي - لما أبقت الأول . الجوهر النفسي ٠٣٣١/٥

(١) ب ، ج : لأنها .

(٢) ج : ما اشتريت .

(٣) سورة يوسف : ٢٠ .

(٤) هذا البيت ليزيد بن مفرّغ الحميري ، ذكره ابن منظور في اللسان

٨٧/٣ وفيه " من قبل " والجوهري في الصحاح ٤٤٧/٢ قال :

والبرد من الثياب ، وهو هنا اسم عبد " وشريت " أى : بعت .

(٥) أنّ : ساقط من ج ، د .

(٦) ج : عائشة رضي الله عنها .

(٧) قلت : لا يصحّ أن يقال : " أنه خالفها " ، لأنه لم يقل : إنّ هذا

حلال ، بل يجوز أن يكون فعله جريا على العادة من غير تأمّل

فيه ولا اعتقاد ، ولعلّه فعله ساهيا ، ولهذا لم يذكر أنه أصرّ

على ذلك بعد إنكار عائشة عليه ذلك ، وكثيرا ما قد يفعل الرجل

الشيء مع ذهوله عمّا في ضمنه من مفسدة ، فإذا نُبّه انتبه ، وإذا

كان فعله هذا محتملا ، لم يجوز أن ينسب لأجله اعتقاد حلّ هذا

إلى زيد رضي الله عنه ، لا سيّما وأمّ ولده إنما دخلت على عائشة

رضي الله عنها مستفتية ، وقد رجعت عن هذا إلى رأس مالها

فعلم أنها لم يكونا على بصيرة منه ، وأنه لم يتمّ العقد بينهما .

وإذا اختلف الصحابيـان ، وكان القياس مع أحدهما ، كان قول من عاضده القياس أولى ، والقياس مع زيد دون عائشة .^(١)

فان قيل : فليس الاحتجاج بقول عائشة ، وإنما^(٢) الاحتجاج بالتوقيف في قولها^(٣) ، لأنها لا تبطل جهاد زيد باجتهادها .

قيل : لا يصح حمل قولها على التوقيف من وجهين :

أحدهما : أنه إثبات نص باستدلال ، وإبطال قياس^(٤) باحتمال .

والثاني : إمكان مقابلة ذلك بمثله في حمل ما ذهب إليه زيد على التوقيف ، وإذا^(٥) أمكن معارضة الشيء بمثله سقط .

وليس ما ذكرته عائشة^(٦) من أن زيداً قد أبطل جهاده

دليلاً^(٧) على التوقيف ، لأنه لا يجوز أن يضاف إلى أحد من الصحابة^(٨)

أنه علم بنص مخالفه ، وإن لم يعلم به^(٩) لم يبطل جهاده^(١٠) ، وليس

(١) ج : عائشة رضي الله عنها .

(٢) د : " وأما " وهو تصحيف .

(٣) د : " مع قولها " وهو خطأ .

(٤) قياس : أثبت من ب ، ج . ولا يوجد في أ ، د .

(٥) ب ، ج : فإذا .

(٦) ج : عائشة رضي الله عنها .

(٧) ج : " دليل " وهو خطأ .

(٨) ج : من أصحابه .

(٩) أ : " لم يعلم به " والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) قلت : إنها لم تقصد تكفير زيد إذ كيف تكفّره ولم يبلغه النهي ؟

فلما بلغه امتنع منه . فإذا هي قصدت بقولها : " إنه قد أبطل

جهاده " أي أنّ فعله من الكبائر التي يقاوم إحكام نواب الجهاد

فيصير بمنزلة من يعمل حسنة وسيئة بقدرها ، فكأنه ما عمل شيئاً .

هذا القول منها إلا كقول ابن عباس (١) : " ألا يتقى الله زيد بن ثابت
يجعل ابن ابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أباه " (٢) وكقوله في العول (٤) :
" ما جعل الله في المال نصفاً وثلثين ، من شاء باهله عند الحجر الأسود " (٥)
يعنى : لا عنته . ولم يدل هذا القول منه مع ما فيه من الوعيد والملاعنة ، على أن
في الجدّ والعول نصّاً .

- (١) وقد قاله ردّا على زيد بن ثابت في توريثه الإخوة مع الجدّ ، لأنّ
زيداً كان يقول بمقاسمة الإخوة للجدّ في الميراث ، وعدم حجبهم
به ، وكان مذهب ابن عباس وجماهير الصحابة أنّ الجدّ يسقط جميع
الإخوة والأخوات كما يسقطهم الأب . انظر في المسألة : المحلّى
٢٨٢/٩ ، والمغني لابن قدامة ٣٠٦/٦ ، وبداية المجتهد
٢٩٠/٢ .
- (٢) أثبتته من ج ، وفي أ ، د : " ألا ليتقى " وفي ب : " ألا لا يتقى " .
- (٣) لم أشر عليه في مظانّه من كتب الآثار التي استطعت الرجوع إليها ،
ولكن ذكره الرازي في المحصول ٢/٢ / ٧٦ ، والآمدى في الأحكام
١٢٢/٣ ، كما أورده ابن عبد البر في جامع بيان العلم ١٠٧/٢ .
بلفظ قريب منه ، وفيه زيادة " إن شاء باهله عند الحجر الأسود " .
- (٤) معنى العول : أن تكثر السهام حتّى لا يسمعها المال ، فمذهب
زيد وسائر الصحابة والأئمة الأربعة أنه ينشأ فيها العول ، فيوجب
نقصاً لكل وارث على نسبة ميراثه وقال ابن عباس وطائفة : لا عول
بل يقدّم قوم ويؤخّر آخرون . انظر التفصيل في : المغني لابن قدامة
٢٨١/٦ ، والمحلى ٢٦٢/٩ ، والقوانين ص ٤٢٩ .
- (٥) ذكره عبد الرزاق في المصنّف ٢٥٤/١٠ ، والبيهقي في السنن
٢٥٣/٦ ، وابن حزم في المحلى ٢٦٤/٩ ، وابن قدامة فسي
المغني ٢٨٢/٦ بلفظ : " إنّ الذى أحصى رمل عالج عمداً
أعدل من أن يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً ، هذان نصفان
ذهبا بالمال فأين موضع الثلث ؟ " وذكر الباهلة لم يرد في
غير المغني .

وأما الجواب عن حديث ابن عباس فهو الجواب الثالث عن حديث

عائشة (١).

وأما الجواب عن قولهم: "إنه ذريعة إلى الربا الحرام" فغلط ،

بل هو سبب يمنع من الربا الحرام ، وما منع من الحرام كان ندبا . ألا ترى إلى حديث أبي سعيد الخدري (٢) : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل

رجلا (٣) على خيبر ، فجاءه بتمر جنيب ، فقال رسول الله صلى الله عليه

وسلم : " أكل تمر خيبر (٤) هكذا " قال : " لا والله يا رسول الله / ٣٧ / ١

إننا لناخذ الصاع بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة : (٥) فقال رسول الله صلى الله

عليه وسلم : لا تفعل (٦) ، بع الجميع بالدراهم واشتر (٧) بالدراهم

جنيبا (٨) . الجميع (٩) : هو التمر المختلف الردي (١٠) . والجنيب :

هو الجيد (١١) ، فجعل ذلك ذريعة إلى ترك الربا ، وندب إليه .

(١) ج : عائشة رضي الله عنها .

(٢) ج : بزيادة " رضي الله عنه " .

(٣) أ ، د : " استعمله " والتصويب من ب ، ج ومصادر التخريج .

وجاء في الدارقطني تسميته " سواد بن غزيرة أخو بني عدى من الأنصار " .

(٤) أكل تمر خيبر : ساقط من ج .

(٥) ب ، ج : بثلاثة .

(٦) د : " لا تبع " وهو خطأ .

(٧) د : وابتع .

(٨) أخرجه البخاري ١٠٢/٣ ، ومسلم ١٢١٥/٣ ، والنسائي ٢٣٨/٧ ،

ومالك في الموطأ ٦٢٣/٢ ، والدارقطني ١٧/٣ .

(٩) ج : " الجمع " وكذا في المصباح ص ١٠٨ .

(١٠) انظر : النهاية لابن الأثير ٢٩٦/١ .

(١١) المرجع السابق ٣٠٤/١ .

وأما الجواب عن قولهم "إنه قد استفضل زيادة ليست في مقابلة عوض" فهو^(١) أنه إذا انفرد كل واحد من العقدين بحكم نفسه لم يصح اعتبار هذا، وكان حكم العقد الثاني مع البائع^(٢)، كحكمه مع غير البائع. على أن كل واحد من العقدين قد قابل عوضاً مضموناً.

- فصل -

ومّا يضاهاى هذه المسألة أن من باع طعاماً بثمن مؤجل، ثم حلّ الأجل جاز أن يأخذ بذلك الثمن طعاماً وغيره من المطعم^(٣). وقال مالك^(٤) : إن أخذ طعاماً لم يجز، وكان عين الربا، وإن أخذ به غير الطعام^(٥) جاز.

وقال أحمد^(٦) وإسحاق^(٧) : لا يجوز أن يأخذ به مكيلاً ولا موزوناً. وكلا القولين فاسد، والصحيح ما قلناه^(٨)، لما تقدّم من الدليل، والله أعلم بالصواب^(٩).

* * *

- (١) فهو : ساقط من ج.
- (٢) أ : "التابع" في الموضعين، والتصويب من باقي النسخ.
- (٣) وهو مذهب جابر بن زيد، وسعيد بن جبير، وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر، وأصحاب الرأي. انظر : المغني لابن قدامة ١٣٤/٤.
- (٤) انظر : الموطأ ٦٥٩/٢، والمدونة ١٢١/٤، والقوانين ص ٢٨١.
- (٥) د : "غيره من الطعام" وهو خطأ.
- (٦) ج : أحمد بن حنبل.
- (٧) وهو مذهب سعيد بن المسيّب أيضاً. انظر : المغني لابن قدامة ١٣٤/٤.
- (٨) ج : "والدليل على ما قلنا" وهو خطأ.
- (٩) والله أعلم بالصواب : ليس في ج. وفي ب يوجد "والله أعلم فقط".

[- باب تفريق صفقة البيع وجمعها -]

قال المزني (١) : (٢) قد (٣) اختلف قول الشافعي (٤) في
تفريق الصفقة (٥) وجمعها ، وبَيَّضَ له (٦) موضعاً لا يجمع (٧) فيه
شرح أولى قوله في ذلك (٨) إن شاء الله (٩)

أما الصفقة فانها عبارة عن العقد ؛ لأنَّ العادة بين المتعاقدين
جارية أن يَصْفِقَ كل واحد منهما على يد صاحبه عند تمام العقد وانبراه (١٠)
وقد روى عن النبي صَلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال (١١) لحكيم بن حزام
" بارك الله لك في صفقة يمينك " (١٢) . والصفقة : هي العقد ، ولا
يخلو حالها إذا جمعت شيئين من ثلاثة أقسام : إما أن يكونا حلالين

- (١) د : المزني رحمه الله .
(٢) م : بدون " قد " .
(٣) د : " الشافعي رضي الله عنه " م " الشافعي رحمه الله " .
(٤) ب : " صفقة البيع " ج : " الصفقة البيع " وهو خطأ .
(٥) ج : " ننصب لذلك " د : " ننصب له " وكلاهما خطأ .
(٦) ج : لنجمع .
(٧) ب : من ذلك
(٨) ب ، د : الله تعالى .
(٩) انظر : مختصر المزني ٢ / ٢٠١ . وقال الرافعي في الفتح ٨ / ٢٣٣ :
" هذا باب طويل التفريع كثير التردد في قواعد الفقه ، ولطول
تفاريحه لم ير المزني إيداع سائله في المختصر ، وبَيَّضَ بعض ورقة
أو ورقتين ليلخصها أو يقتصر على ذكر أوضح القولين فيها . ثم
لم يتفق له ذلك ، فبقي في النسخ القديمة بعض البياض " .
(١٠) انظر في معنى الصفقة : النظم المستعذب ١ / ٢٧٦ ، وتهذيب
الاسماء ١ / ١٧٨ .
(١١) ب : " وقد روى أَنَّ النبي صَلَّى الله عليه وسلَّم قال " وكذا في
ج غير أن " قال " ساقط فيها .
(١٢) ب ، ج : " في صفقتك " قلت : وهذا الدعاء دعا به النبي
صَلَّى الله عليه وسلَّم لعروة البارقي أيضاً ، كما دعا به لحكيم ،
وذلك بمناسبة خاصة ، ويأتي الحديث بكامله في ص : ١١٣٢-١١٣٣ .

أوحرامين ، أو أحدهما حلالا والآخر حراما .

فان كانا حلالين ، صحّ العقد فيهما ، فان ^(١) كانا (من جنسين ، كرجل اشترى ثوبا وسيفا بدينار ، كان الثمن مقسّطا على قيمتهما . وإن كانا) ^(٢) من جنس واحد فعلى ضربين :

أحدهما : أن تكون أجزاؤهما مختلفة كرجل اشترى ثوبين بدينار ، أو عشرين بمائة ، فان الثمن ^(٣) يتقسّط على قيمتهما .

والثاني : أن تكون أجزاؤهما متعائلة كالحبوب والمائعات ، فان الثمن يتقسّط على أجزائهما .

وإن كانت الصفقة جمعت حرامين ، فالعقد باطل فيهما ، سواء كانا من جنسين كخنزير وزق ^(٤) خمر ، أو كانا من / جنس واحد ١٣٢ ب / كزقين من خمر .

وإن كانت الصفقة جمعت حلالا وحراما ^(٥) ، كعبد وحرّ ، أو خلّ وخمر ، أو طوك وغصب ، فانّ العقد ^(٦) في الحرام باطل ، وفي الحلال على قولين ^(٧) إلّا أن يذكر قسط الحلال من الثمن فيصحّ ؛ لأنّ تميّز ثمنه يجعله كالعقدين .

-
- (١) فان : أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د : " وإن " ويأباه السياق .
 (٢) ما بين القوسين ساقط من د .
 (٣) ب : " كان الثمن " ويأباه السياق .
 (٤) الزق : بالكسر : " الظرف " والجمع : أزقاق ، وزقاق ، وزقان . انظر : المصباح ص ٢٥٤ .
 (٥) ب ، ج : جمعت حراما وحلالا .
 (٦) د : " فان كان العقد " وهو خطأ .
 (٧) أظهرهما : أنه يصحّ في الحلال . وعن أحمد روايتان كقولسي الشافعي . انظر : الفتح ٢٣٣/٨ والمغني لابن قدامة ١٢٩/٤ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٤ .

وقال أبو حنيفة : إن كان الحرام المضموم إلى الحلال ليس بمال كخَلٍّ وخمر ، أو عبد وحرّ بطل العقد أيضا في الحلال ^(١) . وإن كان الحرام في حكم المال كعبد يملكه ، وعبد غصبه ، أو جاريته وأمّ ولده ، صحّ العقد في الحلال ، وإن بطل في الحرام ^(٢) . وليس يفرق الحكم بذلك عندنا على القولين ^(٣) معا ^(٤) . فإذا قلنا ببطان البيع في الحلال فله علّتان :

(١) خلافا لصاحبيه أبي يوسف ومحمد فقد قال بصحة البيع هنا في الحلال منهما إذا عيّن ثمنه وقت العقد . ودليلهما : أنّ الفساد بقدر الفساد ، فلا يتعدّى إلى الحلال ، كمن جمع بين الأجنبية وأخته . بخلاف ما إذا لم يعيّن ثمنه ؛ لأنّه مجهول .

ودليل أبي حنيفة : أنّ الحرّ ، وكذا الخمر لا يدخلان تحت العقد أصلا ؛ لأنهما ليسا بمال ، والبيع صفقة واحدة ، فكان القبول في الحرّ والخمر شرطا للبيع في العبد والخَلٍّ ، وهذا شرط فاسد ، فبطل به العقد بخلاف النكاح ؛ لأنّه لا يبطل بالشروط الفاسدة . راجع البدائع ٣١١/٦ ، والهداية مع الفتح ٤٥٦/٦ ، والكنز مع التبيين ٦٠/٤ .

(٢) وبه قال صاحباه خلافا لزمرفانه قال بفساد العقد هنا اعتبارا بالصورة الأولى بجامع أنه باع ما لا يصحّ بيعه مع ما يصحّ مجموعا صفقة ، وهو يوجب انتفاً محلّة البيع بالإضافة إلى المجموع إذ يصدق أنّ الكلّ من حيث هو كّل ليس بمال . وأمّا أبو حنيفة فقد قال بصحة البيع هنا في الحلال بحصّته من الثمن ، لقيام الماليّة فيه بخلاف الصورة الأولى . راجع التفصيل في المراجع السابقة .

(٣) ب ، ج : " قولين " وهو خطأ .

(٤) وعند المالكيّة : الصفقة كلها باطلة في الصورة الأولى وقيل : يصحّ البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن . وأمّا الصورة الثانية فيصحّ البيع فيهما . ولزمه في ملكه ، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته . انظر : القوانين ص ٢٧٦ .

أحدهما : أن^(١) يبطلان^(٢) البيع في الحرام يبطل من الثمن ما قبله فيصير الباقي بعده مجهولا ، وجهالة الثمن تبطل البيع ، فوجب أن يكون بيع الحلال باطلا لجهالة ثمنه .

والعلة الثانية : أنها لفظة واحدة قد جمعت حراما وحلالا ، وتبعضها غير ممكن ، وتغليب أحد الحكمين واجب ، فكان تغليب حكم الحرام في إبطال العقد^(٣) (أولى من تغليب حكم الحلال في تصحيح العقد ، لأن تصحيح العقد^(٤) على الحرام لا يجوز ، وإبطال العقد على الحلال^(٥) يجوز ، وكان ذلك بمثابة^(٦) بيع درهم بدرهمين لـ ما كان الدرهم بالدرهم حلالا ، والدرهم الزائد حراما ، بطل البيع في الجميع تغلبا لحكم التحريم .

وإذا قلنا بصحة البيع في الحلال فوجهه شيان :

أحدهما : أنه لـ ما كان لو أفرد كل واحد منهما بالعقد خالف حكم صاحبه^(٧) ، وجب إذا جمع بينهما في العقد أن يخالف كل واحد منهما حكم^(٨) صاحبه كالمشتري صفقة عدا وشقفا فيه الشفعة .

-
- | | |
|-----|--|
| (١) | أن : ليس في د . |
| (٢) | أ ، ب ، د : " يبطلان " والمثبت من ج . |
| (٣) | أ ، د : " في الإبطال للعقد " والمثبت من ب ، ج ، وهو الأنسب . |
| (٤) | ما بين القوسين ساقط من ج . |
| (٥) | د : في الحلال . |
| (٦) | بمثابة : ساقط من ج . |
| (٧) | ب : " خالف كل واحد منهما حكم صاحبه " ج : " خالفه حكم صاحبه " . |
| (٨) | حكم : ليس في ج . |

والثاني : أنه لو كان الجمع بينهما يوجب حمل أحدهما على الآخر ، لم يكن حمل الصّحة على البطلان بأولى من حمل البطلان على الصّحة كالانفراد ، فوجب أن يسقط اعتبار أحدهما بالآخر لتكافؤ الأمرين ، ويحمل كلّ واحد منهما على مقتضاه في الحالين (١) .

- فصل -

فإذا تقرّر توجيه القولين ، انتقل الكلام إلى التفريع عليهما .

فنقول : إذا قلنا إنّ تفريق الصفقة لا يجوز ، لم يخل حال الصفقة التي جمعت الحلال والحرام من أحد أمرين ؛ إمّا أن يكون من عقود البياعات التي تلزم (٢) فيها الاثنان ، أو تكون (٣) من غير البياعات . فسان كانت من غير البياعات كالمهبات والرهن والنكاح ، وهو أن ينكح أجنبية وأختاً ، أو يهب عبداً وحرّاً ، أو يرهن غصبا وملكاً ، فيبطل نكاح الأخت ، وهبة الحرّ ، ورهن الغصب . فان علّلنا لبطلان / تفريق (٤) الصفقة ١/١٣٨ بأن اللفظة واحدة (٥) قد جمعت حلالاً وحراماً (٦) ، فغلّب حكم التحريم ، بطل نكاح الأجنبيّة لبطلان نكاح الأخت ، وهبة العبد لبطلان هبة الحرّ ، ورهن الملك لبطلان رهن الغصب ، وإن علّلنا (٧) لبطلان تفريق الصفقة

(١) راجع في المسألة : المهذب ٢٧٦/١ ، والتنبيه ص ٦٣ ، والفتح ٢٣٢/٨ ، والروضة ٤٢٠/٣ ، ورحمة الأئمة ص ١٣٤ ، والمنهاج مع المغني ٤٠/٢ .

(٢) ج : يلزم .

(٣) د : " أن تكون " وهو خطأ .

(٤) ب : " بطلان تفريق " د : " البطلان بتفريق " .

(٥) د : اللفظة الواحدة .

(٦) ب ، ج : حراماً وحلالاً .

(٧) وإن علّلنا : تكرر في ب .

بأن الثمن يصير ^(١) مجهولا ، صحّ نكاح الأجنبيّة ، وهبة العبد، ورهن
الملك ، لأنها عقود لا تتضمن أثمانا تبطل بجهالتها. ^(٢)
^(٣)

وإن كانت الصفقة من عقود البياعات لم يخل ما جمعت الصفقة
من الحلال والحرام من أحد أمرين إما أن يكون ما يتقسط الثمن على قيمته
أعلى ^(٤) أجزائه ، فإن كان ما يتقسط ^(٥) الثمن على أجزائه مثل
قفيزين من حنطة أحدهما مغصوب والآخر مملوك ، أو عبد نصفه حرّ ونصفه
رقيق . فإن عللنا لبطلان الصفقة بأن اللفظة جمعت حلالا وحراما ^(٦)
بطلت الصفقة كلها ههنا لوجود هذه العلة . وإن عللنا بأن الثمن يصير
مجهولا ، صحّ البيع ههنا في الحلال ، وإن بطل في الحرام ، لأن ما يتقسط
الثمن على أجزائه قد أمن فيه جهالة ثمنه ، لأنه إذا ابتاع قفيزين بدينار
فمعلوم أنّ أحدهما بنصف دينار . وإذا ^(٧) ابتاع عبدا بمائة فمعلوم
أنّ نصفه بخمسين .

-
- (١) يصير : أثبتته من ب ، ج . وهو ساقط من أ ، د .
(٢) ب : "أيانا" وهو خطأ .
(٣) انظر : التنبيه ص ٦٣ وفيه : "فإن جمع بينهما فيما لا عوض
فيه كالرهن والهبة ، فقد قيل : يصحّ فيما يحلّ قولا واحدا ،
وقيل : على قولين . والفتح ٢٣٧/٨ ، والروضة ٤٢١/٣ وذكرنا
أنّ الخلاف في ذلك يترتب على البيع ، فإن صحّحنا البيع فههنا أولى ،
وإلا فقولان بناء على الملتين .
(٤) ب : أم على .
(٥) ب : ما يتقسط .
(٦) ب ، ج : حراما وحلالا .
(٧) د : وإن .

وان كان ما يتقسط^(١) الثمن على قيمته ، كحز وعبد ، أو ثوب
مغصوب^(٢) ودابة ملوكة^(٣) ، أو أم ولد وأمة^(٤) ، أو وقف وملك ، أو شاة
وخنزير ، أو خل وخمر ، فالصفقة فيهما باطلة على العلتين معا ، لأننا إن
عللنا بأن اللفظة جمعت حلالا وحراما^(٥) ، فهي^(٦) موجودة في هذا
الموضع . وإن عللنا بأن الثمن يصير مجهولا ، فهي موجودة^(٧) أيضا .
فهذا^(٨) بيان الحكم^(٩) بأن تفريق الصفقة لا يجوز ، وما يتفرع عليه .^(١٠)

- فصل -

وإذا قلنا إن تفريق الصفقة يجوز ، بطل البيع في الحرام ، ولم
يبطل في الحلال ، وكان للمشتري الخيار^(١١) ، لا أجل تفريق الصفقة

-
- (١) ب : " مما لا يتقسط " وهو خطأ .
(٢) ب ، ج : " ومغصوب " بزيادة الواو ، وهو خطأ .
(٣) ب : " أو ملوك " بدل " ودابة ملوكة " .
(٤) وأمة : ساقطة من ب .
(٥) ب ، ج : حراما وحلالا .
(٦) د : " وهي " ويأبأها السياق .
(٧) أ ، د : " فهو موجود " والتصويب من ب ، ج .
(٨) ج : " وهذا " ويأبأه السياق .
(٩) د : " البيان الحكم " وهو خطأ .

(١٠) راجع في تفريعات هذا الفصل : المهذب ٢٨٦/١ ، والإبانة
١١٢/أ ، والفتح ٢٥٢/٨ ، والروضة ٤٢٣/٣ ، وأسنى المطالب

٠٤٢/٢

- (١١) قلت : وهذا الخيار يكون له إذا كان جاهلا بالحال ، لأنّه
دخل في العقد على أن يسلم له كل البيع ولم يسلم . وأما إن
كان عالما بالحال فلا خيار له ، كما لو اشترى معيба وهو عالم

عليه بين المقام على الحلال ، أو فسخ البيع فيه ، فإن فسخ رجع بالثمن ، وإن أقام اعتبر حال الحرام المضموم إليه في الصفقة . فإن لم يكن مالا ولا في حكم المال كالهيئة والخمر والخنزير ، كان للمشتري أن يمتسك بالحلال بجميع الثمن ؛ ^(١) لأن المضموم إليه ^(٢) لما لم يكن له قيمة ، لم يجز أن يقابل شيئا من الثمن ^(١) وإن كان المضموم إليه ^(٢) مالا كالمغصوب أو المجهول ، أو كان في حكم المال كأم الولد والوقف ، أو يمكن أن يقوم تقويم المال كالعبر ، فهذا على ضربين :

أحدهما : (أن يكون ما يتقسط الثمن على أجزاءه ، فله أن يقيم على الحلال بحساب الثمن وقسطه على الصحيح من قول أصحابنا .

والثاني ^(٣) : أن يكون ما يتقسط الثمن على قيمته ، ففيه قولان : / ١٣٨ ب

أحدهما : أنه يقيم على الحلال بجميع الثمن لأمرين :

أحدهما : أن الحرام مما لم يتناوله ^(٤) العقد (فلم يقابل به

شيء من الثمن ، وصار جميعه ثنا لما تضمنه العقد ^(٥)) من الحلال .

والثاني : أن ^(٦) ما خرج من الصفقة من الحرام نقص في البيع ،

== يعيبه . وكما يلزمه من الثمن ؟ فيه القولان كما لو كان جاهلا وأجازه .

وقطع قاطعون بوجوب الجميع ههنا ؛ لأنه التزمه عالما بأن بعض

المذكور لا يقبل العقد . أنظر : الفتح ٢٥٤/٨ ، والروضة ٤٢٥/٣ .

(١) ما بين القوسين ماقط من جـ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من د .

(٣) ما بين القوسين ماقط من جـ .

(٤) د : " مما يتناوله " بسقوط " لم " .

(٥) ما بين القوسين تكرر في د .

(٦) أن : ساقط من د .

كعبد قطعت يده قبل التسليم ، فيكون لشتره الخيار في الفسخ أو المقام عليه بجميع الثمن .

فعلى هذا القول إن اختار ^(١) المشتري أن يقيم على الحلال بجميع الثمن فلا خيار ^(٢) للبائع ؛ لأنه لما رضى أن يأخذ الثمن عن شيئين ، فأولى أن يرضى ^(٣) بأخذه عن أحدهما .

والقول الثاني - وهو الصحيح - : أنه يقيم على الحلال بحسابه من الثمن وقسطه ؛ لأنها جعل الثمن في مقابلة الحلال والحرام ، فلم يجز أن يجعل الثمن في مقابلة الحلال وحده دون الحرام ؛ لأنه غير ما تضمنه بذل البائع وقبول المشتري .

فعلى هذا القول إن اختار المشتري المقام على الحلال ، وأخذه ^(٤) بحسابه من الثمن وقسطه ، فهل يكون للبائع الخيار أم لا ؟ على وجهين : ^(٥)

أحدهما : له الخيار لا أجل ما دخل عليه ^(٦) من نقص ^(٧) الثمن .

والوجه الثاني : لا خيار له ؛ لأن نقص ^(٧) الثمن الداخل عليه في مقابلة بعض البيع الباقي معه .

فحمل من هذا أن الحلال المضموم في الصفقة إلى الحرام ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها : أن يأخذه بجميع الثمن ، وهو أن يكون مضموما

(١) ب : اختيار * وهو تصحيف .

(٢) ج ، د : " ولا خيار " وبآباء السياق .

(٣) ب : بأن يرضى .

(٤) د : " وحده " وهو تصحيف .

(٥) والوجه الثاني هو الأصح . أنظر : الفتح ٢٥٥/٨ ، والروضة

٤٢٥/٣ .

(٦) ج : " لا أجل ما يدخل عليه " د : " لأن كل ما دخل عليه " .

وهو خطأ .

(٧) ج : " بعض " في الموضعين ، وهو تصحيف .

إلى ما ليس بمال . والثاني : أن يأخذه بحصته من الثمن ، وهو أن يكون مضموماً إلى مال يتقسط^(١) الثمن على أجزائه . والثالث : ما يكون فيما يأخذه به قولان ، وهو أن يكون مضموماً إلى مال يتقسط الثمن على قيمته^(٢) .

فصل -

فأما إذا^(٣) بطل بعض الصفقة لمعنى^(٤) حادث بعد الصفقة^(٥) كعبدین مات أحدهما قبل القبض ، فبطل البيع فيه (فقد اختلف أصحابنا في الباقي منهما فكان أبو إسحاق المروزي يخرج البيع فيه)^(٦) على قولين من تغريق الصفقة وسوى بين الفساد المقارن للعقد وبين ما حدث بعد العقد . وامتنع سائر أصحابنا من تخریج ذلك على قولين ، وأجازوا بيع الباقي قولاً واحداً^(٧) . لسلامة

- (١) ب : إلى ما يتقسط .
- (٢) قال الشيرازي في المهدب ٢٧٦/١ : " واختلف أصحابنا في موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة . فأما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء ، فانه يسك الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً . ومنهم من قال : القولان في الجميع ، وهو الصحيح ؛ لأنه نص على القولين في بيع الشجرة قبل أن تخرج الزكاة ، والشارح ما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء " .
- وراجع في المسألة أيضاً : التنبيه ص ٦٣ ، والابانة ١١٧/أ ، والفتح ٢٥٤/٨ ، والروضة ٤٢٥/٣ ، والضجاج مع المفنى ٤١/٢ .
- (٣) ج : فإذا .
- (٤) ب ، ج : بمعنى .
- (٥) ب ، ج : بعد العقد .
- (٦) ما بين القوسين ساقط من ب .
- (٧) قلت : وهذه الطريقة هي الأصح عند الأصحاب ، وعلل له ==

الصفقة (١) ، فلم يقدح فيها ما حدث من فساد بعضها ؛ لأننا إن عللنا في بطلان الصفقة بأن اللفظة جمعت حلالا وحراما (٢) ، عدت هذه العلة ههنا . وإن عللنا بأن الثمن (٣) مجهول ، عدت هذه العلة أيضا ؛ لأن الثمن حين العقد معلوم. (٤)

فإذا ثبت أن البيع في الباقي جائز قولا واحدا ، فإن المشتري يقيم عليه بحصته من الثمن قولا واحدا (٦) . وخرجه (٧) أبو اسحاق على قولين تسوية بين الأمرين . والله أعلم . /

أ/١٣٩

* * *

- ==
- الرافعي فقال : " لأن الانفساخ طرأ بعد العقد فلا يتأثر به الآخر ، كما لو نكح أجنبيتين دفعة واحدة ، ثم ارتفع نكاح إحداها بردة أو رضاع ، لا يرتفع نكاح الأخرى " انظر : الفتح ٠٢٣٨/٨ .
- (١) الصفقة : ما قطة من جـ .
- (٢) ب ، ج : حراما وحلالا .
- (٣) ب : " عللنا بالثمن " ج : " عللنا بالثمن بأنه " .
- (٤) قال الرافعي : " والسقوط الطارئ - أي في الثمن - لا يؤثر في الانفساخ كما لو خرج المبيع معيبا وتعدّر الرد لبعض الأسباب ، والثمن غير مقبوض ، فيسقط بعضه على سبيل الأرش ، ولا يلزم منه فساد العقد " . انظر : الفتح ٠٢٣٨/٨ .
- (٥) ج : " فان للمشتري أن يقيم " د : " فان المشتري يقوم " .
- (٦) جاء في المهذب ٢٧٧/٢ : " وللمشتري الخيار في فسخ العقد ؛ لأنه تفرقت عليه الصفقة فان أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا ؛ لأنّ العوض ههنا قابل البيعين فانقسم عليهما فلا يتغيّر بالهلاك " .
- (٧) ج : " خرجه " بسقوط الواو خطأ .

[باب اختلاف المتبايعين في الشمن ^(١) وغيره ^(٢) -]

قال الشافعي ^(٣) : (أخبرنا سفيان ، عن محمد بن عجلان ^(٤) ،
عن ^(٥) عون بن عبد الله ^(٦) ، عن عبد الله ^(٧) بن مسعود أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : " إذا اختلف المتبايعان ^(٨) ، فالقول قول
^(٩) البائع ، والمبتاع بالخيار . " ^(١٠)

- (١) ب : " في اليمن " وهو تصحيف .
- (٢) م : " باب اختلاف المتبايعين وإذا قال كل واحد منهما لا أرفع
حتى أقبض " .
- (٣) ب ، د : " الشافعي رضي الله عنه " ج : " الشافعي رحمه الله " .
- (٤) هو التابعي الصغير أبو عبد الله محمد بن عجلان القرشي مولاهم ،
المدني ، أحد الفقهاء العبّاد ، وكان له حلقة للتدريس والإفتاء في
مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، توفي سنة ١٤٨ هـ . انظر ترجمته
في : تهذيب الأسماء ٨٧/١ ، وتهذيب التهذيب ٣٤١/٩ ،
والتذكرة ١٦٥/١ ، وطبقات الحفاظ ص ٧٩ .
- (٥) في جـ " بن " بدل " عن " وهو تصحيف .
- (٦) هو أبو عبد الله عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي ،
الكوفي ، ثقة عابد ، مات سنة ١٢٠ هـ ، انظر في ترجمته : الجرح
٣٨٤/٣ ، وتهذيب الأسماء ٤١/٢ ، والتقريب ص ٢٦٧ .
- (٧) عن عبد الله : ساقط من ب .
- (٨) ج ، م : البّيعان .
- (٩) أخرجه الترمذي ٥٧٠/٣ ، وأحمد ٤٦٦/١ كلاهما بمثل المختصر .
وقال الترمذي : " هذا حديث مرسل ، عون بن عبد الله لم يدرك
ابن مسعود . " وقد روى عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن ابن مسعود
عن النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحديث أيضا ، وهو مرسل أيضا .
- (١٠) انظر : مختصر المزني ٢٠٣/٢ .

اعلم أنَّ اختلاف المتبايعين على ضربين . أحدهما : أنَّ يختلفا في أصل العقد . والثاني : في صفته .

فإن كان اختلافهما في أصل العقد مثل أن يقول البائع: "بعثك عبدى بألف" فيقول الآخر: "ما اشتريت" ^(١) أو يقول المشتري: "اشتريت منك عبدك بألف" فيقول المالك: "ما بعته" فالقول قول من أنكر العقد ^(٢) مع يمينه بائعا كان أو مشتريا ، إلا أن يقيم مدعى العقد بينة ، ولا تحالف بينهما ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر" ^(٣).

- (١) ب ، ج : ما اشتريته .
 (٢) ب ، ج : قول منكر العقد .
 (٣) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ١٨٧/٣ ، وَمُسْلِمٌ ١٣٣٦/٣ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ٦٢٦/٣ ، وَأَبُو دَاوُدَ ٣١١/٣ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ٢٥٢/١٠ ، وَكَثِيرٌ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ بَلَفَظَ : "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ" .
 وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مَطْوَلًا أَيْضًا بَلَفَظَ : "لَوْ عَطَى النَّاسَ بِدَعْوَاهُمْ ، لَا دَعَى رَجَالُ أَمْوَالٍ قَوْمٍ وَدَعَا هُمْ ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَدْعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ" قَالَ : وَلَمْ يَرَوْهُ - أَيْ زِيَادَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمَدْعَى - عَنْ سَفْيَانَ إِلَّا الْفَرْيَابِي .
 قُلْتُ : وَالْفَرْيَابِيُّ هُوَ مُحَمَّدُ بْنُ يَوْسُفَ الضَّبِّيِّ ، ثِقَةٌ فَاضِلٌ ، يُقَالُ : أَخْطَأَ فِي حَدِيثِ سَفْيَانَ كَمَا فِي التَّقْرِيبِ ص ٣٢٥ .
 وَلَكِنْ يَوْجَدُ لِهَذِهِ الزِّيَادَةُ طَرِيقٌ أُخَرَى عَنْ ابْنِ أَبِي طَالِبٍ أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ ، وَلَهَا شَاهِدٌ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرِو أَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ ١٩/٤ بِإِسْنَادٍ جَيِّدٍ بَلَفَظَ : "الْمَدْعَى عَلَيْهِ أَوْلَى بِالْيَمِينَ إِلَّا أَنْ تَقْدَّمَ بَيِّنَةٌ" .

وهكذا لو ادّعى أحدهما العقد على وجه يصحّ ، وادّعاء (١) الآخر على وجه يفسد مثل أن يقول أحدهما : "بعثك عدى هذا بألف حائلة " ويقول الآخر : "بألف مو" جلة إلى العطاء ، أو بخيار شهر " (٢) فالقول في هذا العقد قول من ادّعى فساد دون صحته ، لأنّ دعواه تضمنت (٣) نفى العقد فصار كالمنكر له . (٤)

==
كما رويت من حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ٢١٨/٤ وفيه مسلم بن خالد الزنجي ، متكلم فيه . وأيضاً من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من طرق لا تخلو من مقال . أخرجه الترمذى ، والدارقطني ٢١٨/٤ ، والبيهقي ٢٥٦/١٠ .
راجع التفصيل في : نصب الرابة ٩٥/٤ ، والتلخيص ٢٠٨/٤ ، والتعليق المغني مع الدارقطني ، ورواء الخليل ٢٦٤/٨ ، ٣٠٧ .
(١) ب : " فاتّعاء " ويأباه السياق .
(٢) ج : " بخيار شرط " وهو خطأ .
(٣) د : ضمنت .
(٤) قلت : إذا ادّعى أحدهما صحّة البيع والآخر فساداً ففيه وجهان لدى الشافعية .

أحدهما - وهو الأصحّ عند الأكثرين - : أنّ القول قول من يدّعي الصحّة ، لأنّ الأصل عدم الفساد ، والظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصحّة .

والثاني - وهو الأصحّ لدى صاحب التهذيب ، وهو جزم صاحب التقريب - : أنّ القول قول من يدّعي الفساد ، لأنّ الأصل عدم العقد الصحيح وفقاً للملك للمالك ، وصار كما لو اختلفا في أصل البيع . راجع في المسألة : المهذب ٣٠١/١ ، والتبسيط ص ٦٨ ، والإبانة ١٢٨/أ ، والفتح ١٦٣/٩ ، والمنهاج مع المغني ٩٨/٢ ، وشرح المحلى ٢٤١/٢ .

- فصل -

وإن^(١) كان اختلافهما في^(٢) صفة العقد ، دون أصله ، فعلى

ضربين :

أحدهما : أن يكون اختلافهما فيما لا يخلو منه العقد ، كاختلافهما في قدر الثمن ، أو في صفة^(٣) ، أو في قدر الثمن ، أو في صفته .

والضرب الثاني : أن يكون اختلافهما فيما قد يخلو منه العقد كاختلافهما في الأجل ، أو في قدره ، أو في الخيار ، أو في قدره^(٤) ، أو في الرهن ، أو في قدره ، أو في الضمين ، أو في عينه .

فأما الضرب الأول : وهو أن يكون اختلافهما فيما لا يخلو^(٥) منه العقد ، من قدر الثمن ، أو صفته ، أو قدر الثمن ، أو صفته . فالاختلاف في قدر الثمن أن يقول البائع : " بعتك هذا العبد بألف درهم " ويقول المشتري : " بخمسائة " والاختلاف^(٦) في صفته أن يقول البائع : " بدراهم صحاح " ويقول المشتري : " بمكسرة "^(٧) أو يقول البائع : " بدراهم بيض " ويقول المشتري : " بدراهم سود " .

والاختلاف في قدر الثمن أن يقول البائع : " بعتك كرا^(٨) من

-
- (١) ب : فان .
(٢) د : وإن اختلفا في .
(٣) د : أو في صفة .
(٤) أو في الخيار أو في قدره : ساقط من د .
(٥) ج : " يخلو " بسقوط حرف النفي . وفي باقي النسخ " لا يخلوا " والصواب ما أثبتته .
(٦) ج : " فالاختلاف " ويأباه السياق .
(٧) ب : بمكسورة .
(٨) ج : " كذا " وهو تصحيف .

طعام بألف * (ويقول المشتري : " بل كرتين ^(١) بألف " أو يقول البائع :
 " بعتك هذا العبد بألف *) ^(٢) ويقول ^(٣) المشتري : " بل بعتني
 العبد مع الفرس بألف " .

والاختلاف في صفة المثل أن يقول : " أسلمت إليك درهما ^(٤)

في طعام ميساني " فيقول ^(٥) : " بل في طعام شامي " أو " في / ثياب ١٣٩ ب
 مروي " فيقول : " بل في هروى " .

فإذا كان اختلافهما فيما ذكرت ، فقد اختلف الفقهاء في العقد
 على خمسة مذاهب : ^(٦)

أحدها : - وهو مذهب ابن سريج ^(٧) ، والشعبي ^(٨) - : أن
 القول فيه قول البائع ، لأن المبيع على ملكه .

(١) ب : " بل بعتني كرتين " ج : " بل بعتني كذا " .

(٢) ما بين القوسين ساقط من د .

(٣) ج : فيقول .

(٤) من ج . وفي سائر النسخ : " درهم " وهو خطأ .

(٥) د : ويقول .

(٦) قلت : وهذا إذا لم يكن هناك بينة لدى أحد الجانبين تثبت

دعواه ، فإن وجدت بينة عند أحدهما قضى بها ، ولا خلاف .

راجع : المغني لابن قدامة ١٤٤/٤ ، ومداية المجتهد ١٦٠/٢ ،
 والفتح ١٥٣/٩ .

(٧) من د ، وكذا في رحمة الأئمة ص ١٤٤ ، والميزان ٥٧/٢ . وفي سائر

النسخ : " مذهب شريح " ولم أجد من نسب هذا القول إلى شريح
 بل ذكر ابن قدامة في مغني (١٤٤/٤) مذهبه كمذهب أبي
 حنيفة الآتي .

(٨) انظر : المراجع السابقة قال ابن قدامة : " وحكاه ابن المنذر عن

إمامنا " قلت : ووقع في رحمة الأئمة تصحيف حيث ذكر " الشافعي "
 بدل " الشعبي " .

والمذهب الثاني - وهو مذهب أبي ثور ، وداود - ^(١) : أنَّ

القول قول المشتري ، اعتبارا ببراءة ذاته .

والمذهب الثالث - وهو قول ^(٢) مالك - : أنَّ القول قول من

الشيء في يده ^(٣) ، لأنَّ اليد دلالة ^(٤) على ملكه .

والمذهب الرابع - وهو مذهب أبي حنيفة - ^(٥) : أنه إن كانت

السلعة تالفة فالقول قول المشتري ، وإن كانت باقية بحالها تحالفا . ^(٦)

(١) قلت : وهو أيضا رواية عن مالك ، ومه قال زفر من الحنفية ، انظر :
المغني لابن قدامة ١٤٤/٤ ، والبداية ١٦٠/٢ ، والرحمة ص
١٤٤ ، والحيزان ٥٧/٢ .

(٢) ج : وهو مذهب .

(٣) قلت : يوجد في مذهب مالك بعض التفصيل ، فقد جاء في القوانين
ص ٢٧٣ : " إنَّ السلعة إذا كانت بيد البائع تحالفا وفسخ
البيع عند الثلاثة . وإن كانت قائمة بيد المشتري ، فقول :

يحلفان ويفسخ ، وقيل : القول قول المشتري مع يمينه . وإن

تلفت في يد المشتري ، فقول : يحلفان ويفسخ ويرجعان إلى

القيمة وفاقا للشافعي ، وقيل : القول قول المشتري وفاقا لأبي

حنيفة " . وراجع في مذهبه أيضا : المنتقى ٦٠/٥ ، والبداية

١٦٠/٢ ، والمواهب ٥٠٩/٤ ، والخرشي ١٩٦/٥ .

(٤) ب : " دالة " ج : " لأنَّ فيه دلالة " .

(٥) أنظر : فتح القدير ٢٠٥/٨ ، والتبيين ٣٠٤/٤ ، والدر المختار

مع رد المحتار ٥٥٩/٥ .

قلت : وهو أيضا رواية عن أحمد ، واختارها أبو بكر ، ومه قال

النخعي والثوري ، والأوزاعي : المغني لابن قدامة ١٤٦/٤ .

(٦) تحالفا : ساقط من ج . وفي د : " وإن كانت باقية بحالها

فالقول قول البائع " وهو خطأ .

والمذهب الخامس - وهو مذهب الشافعي - (١) : أنها (٢)
يتحالفان بكل حال . سواء كانت باقية (٣) بحالها (٤) ، أو تالفة ،
ولا اعتبار باليد إلا أن يكون تلفها قبل القبض ، فان ذلك مهمل (٥)
للمعقد .

واستدل أبو حنيفة على أن تلف السلعة يمنع من التحالف ، ويوجب
قبول قول المشتري بما روى ابن مسعود (٦) عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه قال (٧) : " إذا اختلف المتبايعان ، ولا بينة لواحد منهما ،
والسلعة قائمة ، تحالفا ، وترادّا (٨) " فشرط في التحالف بقاء السلعة ،

(١) انظر في مذهبه : المهذب ٣٠٠/١ ، والتنبيه ص ٦٨ ، والحلية
للرويانى ٧٦/أ ، والإبانة للفرغانى ١٢٢/ب ، والفتح ١٥٣/٩ ،
والروضة ٥٧٥/٣ ، والمنهاج مع المغنى ٩٤/٢ ، والنهاية ١٥٩/٤
وشرح المحلى ٢٣٩/٢ . قلت : وهو أيضا رواية عن مالك وأحمد :
المغنى لابن قدامة ٤٦/٤ .

(٢) أنها : ليس في ج .

(٣) ب ، ج : قائمة .

(٤) بحالها : ليس في ب ، ج .

(٥) ج : " مهطلا " وهو خطأ .

(٦) د : عن ابن مسعود .

(٧) قال : ساقط من د .

(٨) ج : " أو ترادّا " .

والحديث أخرجه أبو داود ٢٨٥/٣ بلفظ : " إذا اختلف المتبايعان
وليس بينهما بينة ، فهو ما يقول رب السلعة ، أو يتتاركان " .
وأخرجه أيضا : النسائي ٢٦٦/٧ ، وابن ماجه ٧٣٧/٢ ، ومالك
في موطنه ٦٧١/٢ بلاغا ، وأحمد في مسنده ٤٦٦/١ ،
والدارقطني ٢٠/٣ ، والدارمي ٢٥٠/٢ ، والحاكم ٤٥/٢ وصححه ،

فاقتضى انتفاء التحالف مع تلف السلعة . قال : ولا أنه فسخ ثبت ^(١) مع بقاء المبيع ، فوجب أن يمسقط مع تلفه ، كالرد بالعيب . قال : ولا أنه مبيع تلف عن عقد صحيح ، فوجب أن ينتفي عنه الفسخ ، أصله إذا تلف المبيع في خيار الثلاث بعد القبض لزوم العقد ^(٢) ، مطلق أن يستحق مع تلفه الفسخ .

قال : ولا أن ^(٣) المبيع إذا قبض ، فهو مضمون على مشتريه بالثمن ، فلو جاز تحالفهما بعد التلف ^(٤) ، لما رخصنا عليه بالقيمة دون الثمن . وهذا مما ينافي ضمان العقد .

=== ووافقه الذهبي ، والبيهقي ٣٣٣/٥ كلهم بنحو أبي داود . ولم يرد عند أحد منهم قوله : " تحالفا " وإنما عندهم : " والقول قول البائع أو يراذان " أو نحوه . كما لم يرد عند أكثرهم : " والسلعة قائمة " قال ابن حجر في التلخيص (٣٢/٣) : " انفرد بهذه الزيادة ابن أبي ليلى ، وهو ضعيف سقيم الحفظ " . قلت : والحديث ورد من طرق متعددة عن ابن مسعود ، ولكن لا يخلو طريق منها من مقال ، ولكنه يتقوى بمجموعها ، ويصل إلى درجة يصلح الاحتجاج به . هذا ، وقد ساق الزيلعي في نصب الراية (١٠٦/٤) جميع طرقه ، ثم بعد أن ذكر ما فيها من وجوه الطعن ، نقل قول صاحب التنقيح : " والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل ، بل هو حديث حسن يحتج به ، لكن في لفظه اختلاف " .

(١) ب : يثبت .

(٢) ج : " بعد لزوم العقد " وهو خطأ .

(٣) د : " فلان " ويأباه السياق .

(٤) ج : " بعد الثمن " وهو خطأ .

والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع بقا السلعة وتلفها ما روى عن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم أنه قال : " البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر " (١) وكل واحد من المتبايعين منكر ومدّع ؛ لأنّ البائع يقول : " بعته " (٢) بألف ، ولم أبعه (٣) بخمسائة " والمشتري يقول : " اشتريته بخمسائة ولم أشتريه بألف " . يوضح (٤) ذلك أنّ كلّ واحد منهما يجوز أن يقيم البينة ، والبينة إنما تسمع من المدّعي دون المنكر ، فدلّ على أنّ كل واحد منهما مدّع (٥) ، ثم يجوز أن يتحالفا مع بقا السلعة بوافق أبي حنيفة (٦) واليمين عند أبي حنيفة إنما تكون على المنكر دون المدّعي ، فثبت أنّ كلّ واحد منهما أيضا (٧) منكر ، فصا ركل واحد منهما مدّعيًا منكرًا ، فوجب أن يتحالفا . ويدلّ على ذلك أيضا (٨) الحديث الذي رواه الشافعي ، عن ابن مسعود أنّ النبي صَلَّى الله عليه وسلّم / قال (٩) : ١٤٠/أ " إذا اختلف المتبايعان (١٠) ، فالقول قول البائع ، والبتاع بالخيار " (١١) ولم يفرّق بين بقا السلعة وتلفها .

-
- (١) تقدّم تخريجه في ص : ١٠١٦ هامش (٣) .
(٢) ج : بعته .
(٣) ج : ولم أبع .
(٤) ج : " صح " بالصاد المهملة ، وسقوط الحرفين الـ " وليمين " .
(٥) من ب ، ج وفي أ ، د : " مدّع ومنكر " وهو خطأ .
(٦) بوافق أبي حنيفة : أثبت من ب ، ج . وهو ساقط من أ ، د .
(٧) أيضا : ساقط من ج ، د .
(٨) أيضا : أثبت من ب ، ج وليس في أ ، د .
(٩) ج : عن ابن مسعود رضي الله عنه ، عن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم أنه قال .
(١٠) ج : البّيعان .
(١١) تقدّم تخريجه في ص : ١٠١٥ هامش (٩) .
(١٢) بقا : ساقط من د .

فان قيل : فقد شرط بقاء السلعة في التحالف في الخبر الآخر
فصار هذا الإطلاق محمولا على ذلك ^(١) التقييد ، كما حطمت إطلاق
العتق في كفارة الظهار على تقييد العتق في كفارة القتل ^(٢) .
قيل : ليس هذا من المقيّد الذي يحمل إطلاق جنسه عليه ^(٣) ؛
لأنّ إطلاق خبرنا يوجب ^(٤) تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها ،

(١) ذلك : ساقط من د .

(٢) قلت : يقصد أنّ الله تعالى أطلق الرقبة في كفارة الظهار ، ولم
ينقيدها بالإيمان . فقال : ❦ والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ❦ المجادلة ٣ .
ولكنه قيدها في كفارة قتل الخطأ حيث قال : ❦ ومن قتل مؤمنا
خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ❦ النساء : ٩٢ .

واشترط الشافعية - كغيرهم - الإيمان في رقبة
كفارة الظهار حملا للمطلق على المقيّد . فعلى هذا يلزمهم
في المسألة التي نحن بصددها أن يشترطوا للتحالف " بقاء"
السلعة "لورود هذا القيد في بعض الأحاديث ، وإن لم يرد
في البعض الآخر ، حملا للمطلق على المقيّد .

فأجاب الماوردي بأنّ الزيادة المذكورة ليست من باب المطلق
والمقيّد حتى تحمل الأحاديث المطلقة عليها ، بل هي من
باب تخصيص بعض أفراد المصوم بالذكر لبعض الفوائد ، وذلك
لا يوجب التخصيص . قلت : وكلّ هذا الإيراد والجواب إنما
هو على فرض صحة الزيادة المذكورة ، وقد عرفنا فيما سبق
أنها شاذة .

(٣) من ب ، ج . وفي أ ، د : " للإطلاق من جنسه عليه "
وهو خطأ .

(٤) ج : " إطلاق خبرنا يوجب " وهو تصحيف .

فصار قوله "والسلعة قائمة" بعض ما تناوله إطلاق خبرنا . وذلك لا يوجب التخصيص ؛ لأنه لا ينافيه .

فان قيل : فما الفائدة في قوله : " إذا اختلفا والسلعة قائمة

تحالفا " مع استواء الحكم في قيامها وتلفها ؟

قيل : يحتمل وجوها :

أحدها : ^(١) التنبيه ^(٢) على حكم التحالف مع التلف ؛ لأن بقاء

السلعة يمكن معه ^(٣) اعتبار قيمتها ، فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب إليه ، ومع التلف لا يمكن . فلما أسقط اعتبار هذا ، وأوجب التحالف مع قيام السلعة ، كان وجوب التحالف مع تلفها أولى .

والثاني : أنه نصّ على بقاء السلعة إسقاطاً ^(٤) لا اعتبار اليد ،

بخلاف قول مالك ، حتى إذا تحالفا مع وجود ^(٥) اليد ، كان تحالفهما مع زوال اليد أولى .

والثالث : أنه نصّ على بقاء السلعة ؛ لأن تلفها قد يكون مبطلا

للعقد إذا كان قبل ^(٦) القبض . وبقاؤها ليس يبطل معه العقد ،

فيتحالفان مع بقاءها ، وقد ^(٧) لا يتحالفان مع تلفها .

(١) أحدها : ساقط من د .

(٢) ب ، ج : "البينة" وهو تصحيف .

(٣) د : (مع) وهو خطأ .

(٤) ج : "إسقاط" وهو خطأ .

(٥) ج : " وجوب " وهو تصحيف .

(٦) في د : وقع السقط من هنا إلى ص : ١٠٣١ هامش (١١) .

(٧) قد : ساقط من ج .

فان قيل : فلا دلالة لكم في هذا الخبر ؛ لأنه جعل القول فيه قول البائع ، وانتم لا تقولون به . (١)

قيل : قد جعل المشتري بعده بالخيار ، ومن جعل القول قول البائع على الإطلاق ، لم يجعل للمشتري خيارا ، وإذا ثبت خيار المشتري بعد يمين البائع فخياره في قبول السلعة بما حلف عليه البائع ، أو يحلف بعده ويفسخ البيع . وكذا نقول في تحالفهما ، وإنما خص النبي صلى الله عليه وسلم البائع بالذكر ؛ لأنه المبتدئ باليمين .

ويدل على المسألة (٢) من طريق المعنى : أنه اختلاف في صفة عقد بيع صحيح ، فاقضى أن يوجب التحالف . أصله إذا كانت السلعة قائمة . ولأن ما يوجب فسخ العقد ، يستوى فيه الباقي والتالف ، كاستحقاق . ولأنه فسخ لا يفتقر إلى تراضيهما ، فإذا صح مع تراض الأعيان صح مع تراض القيم . أصله إذا اشترى عبدا بجارية وتقاضا ، ثم تلفت الجارية ، ووجد بالعبد عيبا ، فله ردّه بالعيب ، واسترجاع قيمة (٣) الجارية لفسخ العقد / بعد تلفها ، كما كان له فسخه مع بقائها .

(٤) فأما الجواب عن استدلاله بحديث ابن مسعود رضي الله عنه فقد مضى في معارضة خبرنا (٤)

وأما (٥) الجواب عن قياسه على الردّ بالعيب ، فالمعنى فيسره

(١) ب : لا تقولونه .

(٢) ج : " عليه المسألة " وهو خطأ .

(٣) ب : " فيه " بدل " قيمة " وهو تصحيف .

(٤) ما بين القوسين ساقط من أ ، وأثبتته من ب ، ج .

(٥) من ب ، ج وفي أ : " فأما " وبأباه السياق .

أنّ العيب فيما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالأُرش ، فلم يفسخ .
وليس كذلك في اختلافهما ؛ لأنّ كل واحد منهما لا يقدر على استدراك
ظلامته إلّا بالتحالف فجاز أن يتحالفا مع التلف .

ولا وجه لقوله إنّ السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ كما لا تقبل
ابتداء العقد ، وأنّ إقالة العبد الآبق لا تصحّ ، ولا يقبل الإقالة كما لا يقبل
ابتداء العقد ؛ لأنّه يقول فيمن ابتاع عبداً وقتل في يد البائع أنّ المشتري
بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن ، أو يقيم على البيع ويأخذ من
القاتل قيمة العبد . فقد جعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ . وكذلك
فيما ^(١) جعلناه أصلاً معه من بيع العبد بالجارية إذا تلفت الجارية ^(٢) ،
ووجد بالعبد عيباً أنّ له رده ^(٣) بالعيب واسترجاع ^(٤) قيمة
الجارية ، فجعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ كما قبل التلف ^(٥) وهاتان
المسألتان تنقضان ^(٦) أصله ^(٧) .

وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث فحكم الأصل غير مسلم ،
فلم يسلم . وأما الجواب عن قولهم : " إنّ المقبوض عن البيع الصحيح مضمون
بالثمن دون القيمة " فهو أنّ هذا استدلال ^(٨) باطل بهتاع العبد

(١) فيما : ساقط من ب .

(٢) الجارية : ساقطة من ج .

(٣) من ب ، ج . وفي أ : " أنه يرده " وبأباه السياق .

(٤) ب : " واسترجاع " وهو تصحيف .

(٥) كما قبل التلف : ساقط من ب .

(٦) أ : " ينقضان " وفي ب ، ج غير منقط . والصواب ما أثبتته .

(٧) ج : " العلة " وهو تصحيف .

(٨) ب : الاستدلال .

بالجارية إذا تلفت ، ووجد بالعبد عيبا ؛ لأنَّ الجارية قد كانت مضمونة
بالعبد الذي هو الثمن ، ثم صارت بعد الفسخ بالعيب مضمونة بالقيمة
دون الثمن .

فأما من يقول ^(١) القول في اختلاف المستبايعين قول البائع ؛
لأنَّ البيع على ملكه . فيقابل بمثله ، فيقال : يجب أن يكون القول قول
المشتري ، لأنَّ الثمن ^(٢) في ملكه ^(٣) ، فيساوى القولان ويبطل ^(٤)
التعليل .

وأما من جعل القول قول المشتري ، لأنَّ الأصل براءة ذمته ، فيقابل
أيضا بمثله فيقال ^(٥) : والأصل أنه غير مالك لسلعة البائع ، فيساوى القولان
ويسقط ^(٦) التعليل .

وأما من جعل القول قول من السلعة في يده فيقابل أيضا بمثله فيقال :
ههنا سلعة في يد أحدهما وثمن في يد الآخر ، فيجب أن يكون القول قول
من الثمن في يده ، فيساوى ^(٧) القولان ويبطل ^(٨) التعليل . ولما
كان ^(٩) التعليل بهذه ^(١٠) المذاهب كلها متقابلا في الجهتين ،

-
- (١) ب ، ج : من جعل .
(٢) ج : " الثمن " وهو تصحيف .
(٣) ب ، ج : على ملكه .
(٤) ج : فتساوى القولان ويطل .
(٥) فيقال : ساقط من ج .
(٦) ج : فتساوى القولان وسقط .
(٧) ج : فيتساوى .
(٨) ب ، ج : ويسقط .
(٩) ج : " ولما جاز " ويأباه السياق .
(١٠) ج : لهذه .

لم يترجح قول أحد المتبايعين ، وصحّ مذهبنا في تحالفهما ، لتساوى حكمهما .^(١)

- فصل -

فأما إذا اختلف المتبايعان فيما قد يخلو منه العقد كالأجل إذا ادّعاء أحدهما ، ونفاه الآخر . أو اتفقا على الأجل واختلفا^(٢) في قدره . أو اختلفا^(٣) في الخيار / إذا ادّعاء أحدهما ، ونفاه الآخر ، ١٤١/أ أو اتفقا على الخيار واختلفا في قدره . أو اختلفا في الرهن أو الضمين إذا ادّعاء أحدهما ونفاه الآخر ، أو اتفقا على الرهن ، واختلفا في قدره . فعندنا أنهما يتحالفان كما يتحالفان في اختلافهما في الثمن والضمن .^(٤)

وقال أبوحنيفة^(٥) : لا يتحالفان في هذا كله ، ويكون القول قول من نفاه ، استدلالاً بأن العقد يصحّ مع ما يخلو منه^(٦) فصار مدّعيه مستأنفاً للدعوى فيه . ولأنّ^(٧) مقصود العقد هو ما كان عوضاً من ثمن أو شئ ، وهذه كلها غير مقصودة ، فلم تساو^(٨) حكم المقصود .

(١) ج: بعده زيادة : " والله أعلم " .
(٢) واختلفا : ساقط من ج .
(٣) ج : " واختلفا " وهو خطأ .
(٤) انظر : المهذب ٣٠١/١ ، والفتح ١٥٧/٩ ، والروضة ٥٧٦/٣ ، والمنهاج مع المغنى ٩٥/٢ . قلت : وه قال مالك كما فسي رحمة الأئمة ص ١٤٥ ، وعن أحمد روايتان إحداهما كذهب الشافعي ، والثانية كذهب أبي حنيفة ، كما في المغني لابن قدامة ١٤٨/٤ .

(٥) انظر : فتح القدير ٢١١/٨ ، والتبيين ٣٠٦/٤ ، والدّر المختار مع ردّ المحتار ٥٦٠/٥ .

(٦) ب ، ج : مع الخلو منه .

(٧) ج : " لأنّ " بسقوط الواو .

(٨) في النسخ : " فلم تساوى " وهو خطأ والصواب ما أثبتته .

وهذا الذى قاله خطأ ، لعموم الخبر من غير تخصيص ؛ ولأن صفات العقد ملحقه بأصله فوجب أن يكون حكمها في التحالف كحكمه . ولأن هذه كلها قد تأخذ من الثمن قسطا ؛ لأن الثمن قد يزيد بها ^(١) وينقص بعدمها ، فصارت في الحكم كأجزاء الثمن والتمن . وليس لما قاله من أن خلوها من العقد جائز وجها في المنع من التحالف ؛ لأن زيادة الثمن قد تصح أن تخلو من العقد ، ولا تمنع من جواز التحالف ، ولا لقوله : " إنها غير مقصودة في أنفسها وإنما هي ^(٢) تبع لغيرها " وجه أيضا ؛ لأنها قد تقصد ، ولذلك شرطت ، ولو لم تقصد وكانت تبعا لوجب أن تلحق بحكم متبوعها ^(٣) . والله أعلم . ^(٤)

- مسألة -

قال الشافعي ^(٥) : () وإذا ^(٦) حلفا معا قيل للمشتري أنت بالخيار في أخذه بألف أو ردّه ، ولا يلزمك ما لا تقرّ به ^(٧) .

إذا ثبت أن اختلاف المتبايعين يوجب التحالف مع بقاء السلعة وتلفها فالتحالف إنما يكون عند حاكم نافذ الحكم ؛ لأن الأيمان المستحقة

-
- (١) بها : ساقط من جـ .
 - (٢) ب ، ج : " وإنما هو " خطأ .
 - (٣) ب : " متبوعا " ج : " يسوغها " وكلاهما تصحيف .
 - (٤) والله أعلم : ليس في جـ .
 - (٥) ب : الشافعي رضي الله عنه .
 - (٦) ب ، ج ، م : فإذا .
 - (٧) انظر مختصر المزني ٢/٢٠٣ .

في الدعاوى إنما يتعلّق (١) بها الأحكام عند الحكماء ، فلو (٢) تحالفا
لا نفسهما لم يكن لآيانهما تأثير في فسخ ولا لزوم (٣).

وإذا كان كذلك وأراد الحاكم أن يحلفهما (٤) عند اختلافهما
فقد قال الشافعي في كتاب السلم الكبير (٥) ، وفي اختلاف أبي حنيفة وابن
أبي ليلى (٦) : يبدأ بإحلاف (٧) البائع قبل المشتري .

وقال في كتاب المكاتب (٨) ما يقتضيه (٩) . ثم خالف في الصداق
(١٠) فقال : " إذا اختلف الزوجان في المهر ، وتحالفا بدأت بالزوج " وهذا
مخالف لما تقدّم ، لأنّ الزوج يحلّ محلّ المشتري .

وقال في كتاب الدعوى (١٢) والبيّنات وآداب القضاة (١٣) :
" إن (١٤) بدأ البائع باليمين خير المشتري ، وإن بدأ بها المشتري خير
البائع " وهذا يدلّ على أنّ للحاكم تقديم أيهما شا .

- (١) ب : تتعلّق .
- (٢) ج : " ولو " ويأباه السياق .
- (٣) أنظر : المهذب ٢ / ٤١٠ ، والروضة ١٢ / ٣٤ ، والمغنى ٢ / ٩٦ .
- (٤) عند : أثبتته من ب ، ج ، وفي أ : من .
- (٥) أنظر : الأمّ ٣ / ١١٩ .
- (٦) المرجع السابق ٧ / ٩٠ .
- (٧) ج : " باختلاف " وهو تصحيف .
- (٨) راجع : الأمّ ٧ / ٣٨٠ ، ٣٨١ .
- (٩) من ب ، ج ، وفي أ : " ما ينقضه " وهو تصحيف .
- (١٠) أنظر : الأمّ ٥ / ٦٤ .
- (١١) من ص ١٠٢٥ هـ إلى هنا وقع السقط في د .
- (١٢) د : الدعاوى .
- (١٣) أنظر : الأمّ ٦ / ٢٣٨ .
- (١٤) ب : وان .

فهذه ثلاثة نصوص مختلفة ، واختلف ^(١) أصحابنا فيها على

طريقين / فمنهم ^(٢) من جعلها أقاويل مختلفة وخرج المسألة ١٤١/ب على ثلاثة أقاويل : ^(٣)

أحدها ^(٤) : يبدأ بيمين البائع ؛ لأنه أقوى جنبه ^(٥) لعود

البيع إليه بيمينه .

والقول الثاني ^(٦) : أنه يبدأ بيمين المشتري ؛ لأنه أقوى ^(٧)

جنبه لكون ^(٨) البيع وقت التحالف على ملكه .

(١) ب : فاختلف .

(٢) د : منهم .

(٣) وهو أظهر الطريقين كما في الفتح ١٧٥/٩ ، وفي الروضة (٥٢٩/٣) أنه أصحهما .

(٤) قال الشيرازي في المهذب (٣٠٠/١) : " وهو الصحيح ، لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار " فبدأ بالبائع ثم خير المبتاع . " .

وقال الرافعي في الفتح : إنه لا يظهر ، وهو قال أحمد ، واحتجوا له بأن جانبه أقوى ؛ لأن ملكه على الثمن يتم بالعقد ، وملك المشتري على البيع ، لا يتم بالعقد ، ولأن البيع يعود إليه بعد التحالف .

(٥) ب : " لأنه أقوى من جنبه المشتري " قلت : الجنبه بمعنى

الجانب كما في النظم المستعذب ٣٠٠/١ .

(٦) وهو قال أبو حنيفة . انظر الفتح ١٧٦/٩ وقال في تعليقه : " لأن البائع يدعى عليه زيادة ثمن ، والأصل براءة ذمته عنها ، فتقوى بذلك جانبه " . والرحمة ص ١٤٤ ، والميزان ٥٧/٢ .

(٧) أقوى : ساقط من د .

(٨) ج : " ليكون " وهو تصحيف .

والقول الثالث : (١) أن للحاكم تقديم أيهما شاء لا استوائهما في
الدعوى (٢).

وقال آخرون من أصحابنا - وهو أصح - : أنه ليس اختلاف هذه
النصوص لاختلاف الأقاويل . وإنما الجواب على ظاهره في البيوع والصدقات ،
فيبدأ في البيع بإحلاف (٣) البائع قبل المشتري على ظاهر نصه (وفي
الصدقات بإحلاف (٣) الزوج قبل الزوجة على ظاهر نصه . (٤)

والفرق بينهما : أن تحالفهما في البيع (٥) يرد البيع إلى
يد بائعه ، فبدى (٦) بإحلافه (٧) ، وتحالفهما في المهر لا يرفع
ملك الزوج (٨) عن البضع ، وهو بعد التحالف على ملكه ، فبدى بإحلافه . (٩)

(١) ج : " والثاني " وهو خطأ .
(٢) جاء في الفتح ١٧٦/٩ : " والثالث " : أنه لا بداية ، بل
يتساويان . وعلى هذا فوجهان . أظهرهما : أن الحاكم مخير
في ذلك يبدأ بمن اتفق . والثاني : أنه يقرع بينهما . " أه
بالاختصار .

(٣) ب : " باختلاف " في الموضعين ، وهو تصحيف .
(٤) ما بين القوسين ساقط من د .
(٥) البيع : ساقط من ب .
(٦) أ ، ب ، د : " فيبدأ " والمثبت من ج ، وهو الأنسب .
(٧) ب : " باختلافه " وهو تصحيف .
(٨) ملك الزوج : ساقط من د .
(٩) يقصد أن البيع يختلف عن الصداق ، ففي البيع جانب البائع أقوى
من جانب المشتري ، لأن البيع بعد التحالف يرجع إلى ملكه
فقدّم في التحالف . وفي الصداق جانب الزوج - الذي هو بحكم
المشتري - أقوى من جانب الزوجة لأن البضع بعد التحالف يبقى
على ملكه ، فكان بالتقديم أولى .

فَأَمَّا ^(١) مَا قَالَه فِي الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ فَأَنَا أَرَادَ بِهِ أَنَّ الْحَاكِمَ
إِذَا أَدَّاهُ ^(٢) اجْتِهَادَهُ إِلَى تَقْدِيمِ الشُّرَى جَازٍ . وَإِنْ أَدَّاهُ ^(٤) إِلَى
تَقْدِيمِ الْبَائِعِ جَازٍ لِأَنَّ هَذَا مِنْ طَرِيقِهِ الْاجْتِهَادِ ^(٥) ، وَدُونَ النَّصِّ ،
فَجَازٍ أَنْ يُؤَدَّى الْاجْتِهَادُ إِلَى تَقْدِيمِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَيْسَ كَاللْعَمَلَانِ
الَّذِي وَرَدَ النَّصُّ ^(٦) بِتَقْدِيمِ الزَّوْجِ فَلَا يَجُوزُ ^(٧) خِلَافَهُ .

فَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ عَلَى مَا شَرَحْنَاهُ مِنَ الْمَذْهَبِ
فَهَلْ تَقْدِيمُهُ فِي الْيَمِينِ مِنْ طَرِيقِ الْأُولَى ، أَوْ مِنْ طَرِيقِ ^(٨) الْاسْتِحْقَاقِ ؟
(عَلَى وَجْهَيْنِ : ^(٩))

أحدهما : أَنَّ تَقْدِيمَهُ عَلَى طَرِيقِ الْاسْتِحْقَاقِ ^(١٠) . فَإِنْ قَدَّمَ
عَلَيْهِ الشُّرَى لَمْ يَجْزِ ، إِلَّا أَنْ يُؤَدَّى اجْتِهَادَهُ ^(١١) إِلَيْهِ .

- (١) ج : د : وَأَمَّا .
- (٢) ج : " أَنْ الْحَكْمَ " وَهُوَ تَصْحِيفٌ .
- (٣) ب ، ج : إِنْ أَدَّاهُ .
- (٤) ب ، ج : وَإِنْ أَدَّاهُ اجْتِهَادَهُ .
- (٥) ب ، ج : لِأَنَّ تَقْدِيمَ أَحَدِهِمَا طَرِيقَهُ الْاجْتِهَادُ .
- (٦) قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ، فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ . وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . وَيَذَرُهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ . وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ سورة النور : ٦ - ٩ .

- (٧) ج : " وَلَا يَجُوزُ " وَيَأْبَاهُ السِّيَاقُ .
- (٨) ج : " إِلَى طَرِيقِ " وَهُوَ تَصْحِيفٌ .
- (٩) وَأَصَحُّهُمَا عِنْدَ جُمْهُورِ الشَّافِعِيَّةِ أَنَّهُ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِحْبَابِ . وَهُوَ جُزْمُ الرَّمْلِيِّ وَالْمَحَلِّيِّ . انْظُرْ : الرُّوضَةُ ٣ / ٥٨٠ ، وَالنِّهَايَةُ ٤ / ١٦٢ ، وَشَرْحُ الْمَحَلِّيِّ ٢ / ٢٣٩ .
- (١٠) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَاقِطٌ مِنْ د .
- (١١) ج : " اجْتِهَادُ " بِسُقُوطِ الضَّمِيرِ .

والوجه الثاني : أن تقديمه على طريق ^(١) الأولى ، فإذا ^(٢)
قدّم عليه المشتري جاز ، وإن لم يؤدّه اجتهاده إليه . والاول ^(٣) أشبه ^(٤).

- مسألة -

قال الشافعي ^(٥) : (وأيّهما نكل عن اليمين ، وحلف صاحبه
حكم له .) ^(٦)

إذا ثبت أنّ البداية في تحالفهما ^(٧) بيمين البائع على الصحيح
من المذهب ، فقد اختلف أصحابنا هل يحلف كل واحد منهما يمينا أو يمينين ؟
على وجهين : ^(٨)

أحدهما - وهو ظاهر نصّه - ^(٩) : أنه يحلف يمينا واحدة تجمع
النفي والإثبات ؛ لأنه يقصد بيمينه تصديق قوله على عقد واحد ، فاحتاج
إلى يمين واحدة . ^(١٠)

- (١) د : من طريق .
- (٢) ب ، ج : فان .
- (٣) ج : " فأولى " وهو تصحيف .
- (٤) واختاره السبكي كما في النهاية ١٦٢/٤ .
- وراجع في تفريعات هذه المسألة : المهذب ٣٠٠/١ ، والتنبيه
ص ٦٨ ، والفتح ١٧٣/٩ وما بعدها ، والروضة ٥٧٩/٣ وما بعدها ،
والمنهاج مع المفني ٩٥/٢ ، وشرح المحلّي ٢٣٩/٢ .
- (٥) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
- (٦) انظر : مختصر المعزني ٢٠٣/٢ .
- (٧) ج : بتحالفهما .
- (٨) انظر : المهذب ٣٠٠/١ ، وأسنى المطالب ١١٩/٢ ونسب الوجه
الاول إلى الأكثرين ، قال : وهو الاوجه .
- (٩) انظر : الآثم (١١٩/٣) باب اختلاف السلف والسلف في السلم
- (١٠) وأيضا فان اليمين الواحدة أقرب إلى فصل القضاء . المهذب ٣٠٠/١ .

والوجه الثاني - وهو قول أبي العباس بن سريج - : أن كل واحد

منهما يحلف بيمينين ، يسنا أوله للنفي ، ويسنا ثانية للإثبات ، كالمتداعيين دارا في أيديهما إذا تحالفا عليها حلف كل واحد منهما بيمينين ، لأنه لا يجوز ^(١) أن يكون يمين الإثبات للمدعى قبل نكول المدعى عليه . (٢)

فإذا ^(٣) قيل بالوجه الأول أن كل واحد / منهما يحلف ^(٤) أ/١٤٢

يسنا واحدة ، فقد اختلف أصحابنا في صفتها هل يتقدم الإثبات فيها على النفي ، أو النفي على الإثبات ؟ على ثلاثة أوجه : (٥)

أحدها - وهو قول أبي سعيد الإصطخري - : أنه يبدأ فسي يمينه بالإثبات ثم بالنفي ، فيقول البائع : " والله لقد بعث هذا العبد بألف ، ولم أبعه بخسمائة " ويقول المشتري : " والله لقد اشتريت هذا العبد بخسمائة ولم أشتريه بألف " قال : لأن المقصود بهذه اليمين الإثبات ، والنفي تبع فوجب أن يبدأ بالمقصود قبل التبع ، وكما أن اليمين في اللعان يبدأ فيها بالإثبات قبل النفي .

والوجه الثاني - وهو ظاهر نصه - ^(٦) : أنه يبدأ بالنفي ،

(١) ب : " يجوز " بسقوط حرف النفي .

(٢) أي قبل نكول المدعى عليه عن يمين النفي . وأيضا فإنه دعوى

عقد وانكار عقد ، فافتقر إلى يمينين . المهذب ١/٣٠٠ .

(٣) د : " وإذا " وبأباه السياق .

(٤) د : " يخلف " وهو خطأ .

(٥) قال الرافعي في الفتح ١٨٢/٩ : " وهذا الخلاف في الاستحباب

أو الاستحقاق ؟ والأظهر : الأول ، ونقل الإمام الثاني " .

(٦) أنظر : الأتم ١١٩/٣ . قال الشيرازي : إنه المذهب ؛ لأن الأصل

في اليمين أن يبدأ بالنفي وهي يمين المدعى عليه ، فوجب أن

يبدأ ههنا أيضا بالنفي ، ويخالف اللعان فإنه لا أصل له في البداية

بالنفي . المهذب ١/٣٠٠ .

ثم بالاثبات فيقول البائع : " والله ما بعثك هذا العبد بخسمائة ، ولقد بعثتك ^(١) بألف " ثم يقول المشتري : " والله ما اشتريته بألف ، ولقد اشتريته بخسمائة " لأن كل واحد منها يتنزل في إحلافه منزلة المدعى عليه ، ثم يصير بمنزلة المدعى ، فافتضى أن يكون أول يمينه للنفي ^(٢) اعتبارا بحكم المدعى عليه ، وآخر يمينه للإثبات ^(٣) اعتبارا بحكم المدعى .

والوجه الثالث - وهو قول بعض البصريين - ^(٤) : أن البائع

يحلف فيقول : " والله ما بعث هذا العبد إلا بألف " ويحلف المشتري فيقول : " والله ما اشتريته إلا بخسمائة " . قال : لأن هذا أسرع إلى فصل القضاء * (وقد قيل في تأويل قوله تعالى : * وآتيناهم الحكمه وفصل الخطاب * ^(٥)) أنه

- (١) ب : " بعته " ج : " بعثك " .
 (٢) ب ، ج : النفي .
 (٣) من ب ، د . وفي أ ، ج : الإثبات .
 (٤) ونسبه الشرييني في المغني (٩٦ / ٢) إلى الصيمري .
 (٥) سورة ص : ٢٠ . وارجع في تفسيره إلى : النكت للماوردي
 ٤٤٠ / ٣ ، والتفسير الكبير ١٨٧ / ٢٦ وفيه : " فصل الخطاب عبارة عن كونه قادرا على التعبير عن كل ما يخطر بالبال ، ويحضر في الخيال ، بحيث لا يختلط شيء بشيء " ، وحيث ينفصل كل مقام عن مقام " ، وروح المعاني ١٧٧ / ٢٣ قال صاحبه بمسند أن رد على جميع الأقوال التي قيل فيه : " والذي يترجح عندي أن المراد بفصل الخطاب فصل الخصام ، وهو يتوقف على مزيد علم ، وفهم ، وتفهم ، وغير ذلك " وأحكام القرآن لابن العربي ١٦٢٧ / ٤ وقيل : هو الإيجاز بجعل المعنى الكثير في اللفظ القليل ، وتفسير القرطبي ١٦٢ / ١٥ ، وتفسير أبي السعود ٢٨٦ / ٥ وهو الكلام الملخص الذي ينبّه المخاطب على المرام من غير التسباس .

سرعة القضاء^(١) فهذا اختلاف أصحابنا في صفة^(٢) يمينه إذا قيل : ^(٣) "إِنَّ كَلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْلِفُ" ^(٤) يميناً واحدة^(٥).

فأما إذا قيل^(٦) بالوجه الثاني أَنَّ^(٧) كل واحد منهما يحلف

يمينين فلا خلاف بينهم أنه يبدأ في اليمين الأولى بالنفي ، وفي اليمين الثانية بالإثبات فيقول البائع : " والله ما بعثك هذا العبد بخمسائة "

ويقول المشتري : " والله ما اشتريت منك هذا العبد بألف " (ثم يحلف

البائع ثانية^(٨) فيقول : " والله لقد بعثت منك هذا العبد بألف " ^(٩)

ويقول^(١٠) المشتري : " والله لقد اشتريت منك هذا العبد بخمسائة " ^(١١)

(١) ما بين القوسين ساقط من د .

(٢) أ : " في سرعة " والتصويب من باقي النسخ .

(٣) إذا قيل : ساقط من د .

(٤) ج : " إِنَّ لَكَلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَحْلِفَ .

(٥) د : " يمينين واحدة " وهو خطأ .

(٦) د : وإذا قيل .

(٧) أ ، د : " وَأَنَّ " والمثبت من ب ، ج .

(٨) ثانية : أثبتتها من ب ، وليست في سائر النسخ .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١٠) ج : " أَوْ يَقُولُ " وهو خطأ .

(١١) ارجع في تفريعات هذه المسألة إلى : المهذب ٣٠٠/١ ، والتنبيه

ص ٦٨ ، والفتح ١٧٩/٩ وما بعدها ، والروضة ٥٨٠/٣ ، والمنهاج

مع المغني ٩٦/٢ ، والنهاية ١٦٣/٤ ، وشرح المحلى ٢٤٠/٢ .

فصل -

فاذا تقرّر ما وصفنا من صفة أيّمانهما ، فينبغي للحاكم إذا حلف أحدهما أن لا يحلف الآخر إلّا بعد أن يعرض ^(١) المبيع عليه ^(٢) بما ^(٣) حلف عليه صاحبه فان رضي بقبوله لم يحلفه ، وإن لم يرض أحلفه . فان بدأ بإحلاف البائع قال للمشتري : " أترضى أن تقبله بالالف التي حلف البائع عليها ؟ " فان ^(٤) قال : " نعم " لم يحلفه ^(٥) . وإن قال : " لا " أحلفه ^(٦) . ولو بدأ الحاكم بإحلاف المشتري قال للبائع : " أترضى أن تعضى البيع بخمسائة ^(٧) / التي حلف المشتري عليها ؟ " ^(٨) فان قال : " نعم " لم يحلفه ^(٩) . وإن قال : " لا " أحلفه .

ولو قلنا : إنه يحلف كل واحد منهما يمينين ، فأحلف البائع يميناً أحلف ^(١٠) المشتري بعده يميناً ، من غير أن يعرض عليه قبول المبيع . فاذا عاد البائع فحلف يميناً ^(١١) ثانية ^(١٢) حينئذ عرض المبيع على

- (١) في النهاية : " ويشبه أن يكون العرض المذكور مستحباً .
 (٢) ب : " عليهما " وهو خطأ .
 (٣) ج : مّا .
 (٤) فان : ساقط من د .
 (٥) ب : " لا يحلفه " ج : " لم يحلف " د : " يحلفه " بسقوط حرف النفي .
 (٦) من ب . وفي أ ، د : " حلفه " وفي ج : " أحلف " .
 (٧) من ج . وفي باقي النسخ : بالخمس مائة .
 (٨) ج : حلف عليها المشتري .
 (٩) د : لا يحلفه .
 (١٠) ج : " وأحلف " ويأباه السياق .
 (١١) ج : فحلف بالله يميناً .
 (١٢) ثانية : ساقطة من ج . وفي ب : " بالله " وهو تصحيف .

المشتري قبل يمينه الثانية . وانما كان كذلك ؛ لأنَّ عرض ذلك على المشتري إنما يكون بعد يمين البائع على إثبات ما ادَّعى ^(١) . ويمينه الأولى للنفس لا للإثبات .

فإذا تقرّر هذا فلهما ثلاثة أحوال : حال يحلفان معا ، وحال ينكلان معا ، وحال يحلف أحدهما وينكل الآخر . ^(*)

فان نكلا معا تركهما ولم يحكم بقول واحد منهما ، وقطع الخصومة بينهما . ^(٢)

(وان حلف أحدهما ونكل الآخر ، حكم للحالف منهما) ^(٣) على الناكل ، فان كان الحالف منهما هو البائع ألزم المشتري دفع ما حلف عليه البائع من الثمن . (وإن كان الحالف منهما هو المشتري ألزم البائع تسليم ^(٤) البيع بما حلف عليه المشتري من الثمن) . ^(٥) ومتى قلنا على كلّ واحد منهما يمينان فحلف ^(٦) أحدهما يمينين وحلف الآخر يميناً واحدة كان كالناكل ، وقضى ^(٧) عليه .

(١) ب ، د : ما ادَّعى .

(*) نكل عن اليمين : امتنع منها . المصباح ص ٦٢٥ .

(٢) وحكى الرافعي في الفتح (١٨٤ / ٩) في ذلك وجهين عن الإمام

الجويني أحدهما : أن تناكلهما كتحالفيهما . والثاني : أنه يوقف الأمر ، وكأنهما تركا الخصومة .

وقال النووي في الروضة (٥٨١ / ٣) بعد أن ذكر الوجهين :

" قلت : هذان الوجهان ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه ،

وذكر أنّ أئمة المذهب لم يتعرّضوا لهذه المسألة ، ثم ذكر في آخر

كلامه أنه رأى التوقف لبعض المتقدّمين . وقال الفزالي في " البسيط "

له حكم التحالف على الظاهر . والأصحّ : اختيار التوقف .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) د : بتسليم .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٦) ب : فيحلف .

(٧) ب : " ومضى " وهو تصحيف .

فأما إذا حلّفا جميعا ، فقد اختلف أصحابنا هل ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف أو يفسخ بوقع بينهما ^(١) بعد التحالف؟ على وجهين : ^(٢)

أحدهما : أن الفسخ قد وقع بنفس التحالف كالفسخ بين المتلاعنين لقوله صلى الله عليه وسلم "تحالفا وتردّا" ^(٣) فعلى هذا (لو أراد المشتري بعد تحالفهما أن يقبله بما قال ^(٤) البائع لم يجز إلا باستيناف عقد . وكذا لو أراد ^(٥) البائع أن ^(٦) يبذله بما قال المشتري لم يجز إلا باستيناف عقد .

والوجه الثاني - وهو ظاهر نصّه - ^(٧) : أن الفسخ لا يقع ^(٨) بينهما بنفس التحالف حتى يوقع الفسخ بينهما بعد التحالف ؛ لأنّ كلّ واحد منهما يقصد ^(٩) بيمينه إثبات الملك ، فلم يجز أن تكون

-
- (١) ب : "أو ينفسخ لو وقع بينهما" وهو تصحيف .
 (٢) انظر : المهذب ٣٠٠/١ ، والفتح ١٨٦/٩ وقال عن الوجه الثاني بأنه الأصحّ المنصوص .
 (٣) ولأنّ التحالف صار الثمن مجهولا ، والبيع لا يثبت مع جهالة العوض ، فوجب أن يفسخ . انظر : المهذب ٣٠٠/١ .
 (٤) د : بما قاله .
 (٥) ما بين القوسين ساقط من ج .
 (٦) ج : "لمن" وهو تصحيف .
 (٧) أنظر : الأتم (١١٩/٣) باب اختلاف السلف والمسلّف في السلم .
 (٨) د : "لا يمنع" وهو تصحيف .
 (٩) ب : "يفصل" وهو تصحيف .

موجبة لفسخ الطك لا^(١) نهما ضدان . فعلى هذا بماذا يكون
الفسخ بعد التحالف^(٢) فيه وجهان :

أحدهما : أن الفسخ يكون^(٣) إلى كل واحد من المتبايعين ،
فأيهما فسخ صح اعتبارا بفسخ العيوب الذي يكون موقوفا^(٤) على
المتعاقدين دون غيرهما .

والوجه الثاني : أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم ، كالفسخ
بالعنة^(٥) ، وعيوب الزوجين ، لأنه^(٦) عن اجتهاد .

فعلى هذا لو فسخه المتبايعان ، لم يفسخ حتى يفسخه عليهما
الحاكم ، ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بعد^(٧) تحالفهما إلا بعد^(٨) سألتهما ،

(١) وإضافة اليه فان العقد في الباطن صحيح ، لأنه وقع على ثمن
معلوم ، فلا يفسخ بتحالفهما . ولأن البينة أقوى من اليمين ، ثم
لو أقام كل واحد منهما بينه على ما يدعيه لم يفسخ البيع ، فلأن
لا يفسخ باليمين أولى . انظر : المهذب ١/٣٠٠ .

(٢) وأصحهما الأول كما في الروضة ١٨١/٣ .

(٣) د : " أن الفسخ يكون الفسخ " وهو خطأ .

(٤) ج : بفسخ العيوب التي تكون موقوفة .

(٥) العنة : عدم القدرة على الوطء سواء كان ذلك بسبب مرض ،

أو لضعف في الخلقة ، أو لكبر ، أو لسهر ، فهو عتین ، مشتق من

عن الشيء إذا اعترض ، كأنه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولا

يصيبه ، وقيل : من العنان - وهو السحاب - شبه به في لينه

ورخاوته . والعنينة هي التي لا تشتبه الرجال . راجع : المصباح

ص ٤٣٣ ، والنظم المستعذب ٥٠/٢ ، وأنيس الفقهاء ص ١٦٥ .

(٦) ج : لأنهما .

(٧) ج : " بغير " وهو تصحيف .

(٨) ب ، ج : إلا عن .

بعد عرض ذلك على كل واحد منهما ، كما يعرضه على الثاني بعد يمين
الأول ، ثم يفسخ بينهما حينئذ ، فلو تراضيا / بعد تحالفهما ، ١٤٣/أ
وقبل فسخه على البيع بقول أحدهما ، صح العقد . (١)

- فصل -

فإذا انفسخ البيع (٢) بينهما بالتحالف ، أو بإيقاع الفسخ بعد
التحالف ، فقد اختلف أصحابنا هل يقع الفسخ ظاهرا وباطنا (٣) ، أو
يقع (٤) في الظاهر دون الباطن ؟ ، على ثلاثة أوجه : (٥)

أحدها : أن الفسخ قد وقع ظاهرا وباطنا ، سواء كان البائع ظالما
أو مظلوما ، كالفسخ باللعان ، وكالفسخ عند تحالف الزوجين في إنكاح الوليين ،
فإن ذلك يقع ظاهرا وباطنا ، كذلك في البيع . (٦)

- (١) انظر في تفريعات هذا الفصل - إضافة الى المراجع السابقة - :
التنبية ص ٦٨ ، والمنهاج مع المغني ٩٦/٢ ، والنهاية ١٦٣/٤
وشرح المحلى ٢٤٠/٢ .
(٢) البيع : ساقط من ج .
(٣) ج : " أو باطنا " وهو خطأ .
(٤) ج : " ويقع " وهو خطأ .
(٥) أنظر : الفتح ١٨٩/٩ ، والروضة ٥٨٢/٣ ، وذكر الأوجه المذكورة
فيما إذا فسخ العقد بعد التحالف ، قال : " وأما إذا قلنا إنه
ينفسخ بمجرد التحالف فهل يجرى فيه مثل هذا الخلاف ، أم يقطع
بالارتفاع باطنا ؟ فيه وجهان .
(٦) ج : " في نكاح " وهو خطأ .
(٧) وإضافة إليه فإنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة ، فصح ظاهرا
وباطنا كالرد بالعيب . انظر : المهذب ٣٠١/١ .

فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له أن يتصرّف بما شاء من أنواع التصرفات ^(١) كما يفعل في سائر أمواله . وإن كانت جارية جاز أن يطأها .

والوجه الثاني : أن الفسخ يقع في الظاهر دون الباطن ، سواء كان البائع ظالماً أو مظلوماً ، لأنهما يتفقان ^(٢) مع الاختلاف على صحة العقد ، وانتقال الملك ، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن ^(٣) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما أحكم بالظاهر ، ويتولى الله السرائر " ^(٤) .

فعلى هذا إذا عاد البيع إلى البائع قيل له : إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله تعالى ^(٥) أنك كاذب ، وأن المشتري صادق ، فليس لك أن تتصرّف في البيع بوجه ، لأنه ملك لغيرك ، وأنت غير ممنوع من ثمنه ، فإن

(١) ب ، ج : التصرف .

(٢) ج : يتفقان .

(٣) وإضافة إليه فإن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن ، والتمن معلوم في الباطن ، مجهول في الظاهر ، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن ، اختص البطلان بالظاهر دون الباطن . انظر : المهذب ١ / ٣٠١ .

(٤) أورده الهروي في كتاب " المصنوع في معرفة الحديث الموضوع " .

ص ٣١ . بلفظ : " أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر " قال : جزم العراقي وغيره بأنه لا أصل له .

وذكر محققه الشيخ أبو غدة بأن جهايزة الحفاظ مثل المزي ، وابن كثير ، والزرکشي ، وابن الطلق ، والعراقي ، والمخاوي ، وغيرهم قالوا : " لا وجود له في كتب الحديث المشهورة ، ولا الأجزاء المنشورة " .

(٥) تعالى : ليس في ب ، ج .

تصرّفت فيه ، كنت كمن تصرّف في مال غيره متعدّياً ^(١) . وإن كنت تعلم أنك صادق ، وأنّ المشتري كاذب ، فالبيع للمشتري ، وأنت ممنوع من ثمنه ، وليس ^(٢) لك أن تطأ إن كان البيع جارية ، ولا أن تهب ^(٣) ، وتكون كمن له مال على غيره لا يقدر على أخذه منه وظفر بشيء من ماله فتبيع السلعة ^(٤) لتصل إلى حقك من ثمنها . وفي المتولّى لبيعها وجهان :

أحدهما : ^(٥) يكون هو المتولّى لبيعها .

والثاني : يتولّى الحاكم .

وإذا ^(٦) بيعت فإن كان الثمن بقدر حقك (فلك أخذ جميعه) ^(٧) وإن كان أكثر من حقك ^(٨) فعليك رد الباقي ، وإن كان أقل ^(٩) من حقك فالباقي دين لك في ذمة المشتري .

(١) قال الشيرازي في مهذب ٣٠١/١ : * فإن كان البائع هو الظالم لم يجزله قبض البيع والتصرّف فيه ، بل يلزمه أن يأخذ ما أقرّ به المشتري من الثمن ، ويسلم البيع إليه * .

(٢) ب ، ج : فليس .

(٣) ج : وأن لا تهب .

(٤) قال الشيرازي : يبيع من البيع بقدر حقه . المهذب ٣٠١/١ .

(٥) والوجه الأوّل هو الأصحّ : الفتح ١٩٠/٩ ، والروضة ٥٨٢/٣ .

(٦) ب ، ج : فإذا .

(٧) ج : أخذ حقك .

(٨) ما بين القوسين ساقط من أ ، د . وأثبت من ب ، ج .

(٩) ج : وإن كان الثمن أقل .

والوجه الثالث : أنه إن ^(١) كان البائع مظلوماً والمشتري ظالماً ،

وقع الفسخ في الظاهر والباطن . (وإن كان البائع ظالماً ، والمشتري مظلوماً ،

وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن .) ^(٢) وقد أشار إلى هذا الوجه

أبو إسحاق المروزي تعلّقاً بأنّ الطك للمشتري بالعقد ، فإن كان ^(٣) مظلوماً

لم ينتقل ^(٤) ملكه . وإن كان ظالماً صار بالظلم ^(٥) مانعاً من ثمنها

فصار ^(٦) أسوأ حالا من المفلس ^(٧) الذي يزال ملكه / بالإفلاس ^(٨) ، ١٤٣ ب

لتعذر الثمن ، فكذلك هذا يزال ملكه بالظلم لتعذر الوصول إلى الثمن . ^(٩)

(١) إن : ساقط من د .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) من ب . وفي أ ، د : " وكان " ج : " وإن كان " ولا يلائم السياق .

(٤) من ب ، ج . وفي أ ، د : " ما لم ينتقل " وهو خطأ .

(٥) من ب ، ج . وفي أ ، د : " الظلم " بسقوط الباء .

(٦) ب : وصار .

(٧) ج : " من الجنس " وهو تصحيف .

(٨) ج : " بالأولى " وهو تصحيف .

(٩) قلت : في عبارة الماوردي بعض الغموض ، وعبارة الشيرازي في المهدّب

٣٠١ / ١ ، أوضح منها حيث قال : " وإن كان البائع هو الظالم ،

وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن ؛ لأنه يمكنه أن يصدّق المشتري

ويأخذ منه الثمن ، ويسلم إليه البيع ، فإذا لم يفعل كان مستنعماً

من تسليم البيع بظلم فلم يفسخ البيع . وإن كان البائع مظلوماً ،

انفسخ ظاهراً وباطناً ؛ لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ، ووجد

عين ماله ، فجازله أن يفسخ ويأخذ عين ماله ، كما لو أفلس المشتري

ووجد البائع عين ماله . "

فعلى هذا إن كان البائع مظلوماً فقد وقع الفسخ ظاهراً وباطناً ، وجاز للبائع إذا عادت السلعة إليه أن يتصرّف كيف شاء ، وإن كانت جارية جاز أن يطلّأها ^(١) . وإن ^(٢) كان البائع ظالماً ، وقع الفسخ فـسـي الظاهر دون الباطن ، ولم يكن له أن يتصرّف فيها بوجه ، لأنّها ملك لغيره ^(٣) ، وهو غير ممنوع من حقّه . ^(٤)

- فصل -

فإذا تقرّر ما وصفنا من حال الفسخ بالتحالف أو بعد التحالف ، فهذا ^(٥) ما أعوزت البينة . فأماً مع البينة ^(٦) فلا تحالف ، والحكم بهما أولى ^(٧) .

فإن أقام كلّ واحد منهما بينة فقد تعارضتا ^(٨) ،

-
- (١) ب : " أن يطلّأ " بمسقوط الضمير .
 (٢) ب : " فإن " ويأباه السياق .
 (٣) ج : ملك آخر .
 (٤) راجع في الفصل إضافة الى ما سبق من المراجع : المغني ٩٦ / ٢ ، والنهاية ١٦٤ / ٤ ، وحاشية قليوبي ٢٤٠ / ٢ .
 (٥) ج : " وهذا " وهو غير ملائم للسياق .
 (٦) ج : " مع القدرة " وهو خطأ .
 (٧) أنظر : المهذّب ٣٠٠ / ١ ، والفتح ١٥٣ / ٩ ، والمنهاج مع المغني ٩٥ / ٢ .
 (٨) قلت : هذا إذا كانت البينتان مطلقتين ، أو مؤرّختين تاريخاً واحداً ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة . فأماً إن كانتا مؤرّختين بتاريخين مختلفين ، فلا تعارض بينهما ، بل قضى بالأولى منهما ؛ لأنّ العقد الأوّل يمنع صحّة العقد الثاني . انظر : المهذّب ٣١٥ / ٢ .

وفيها قولان ^(١) على ما نذكره من تعارض البينتين في العقود :
أحدهما : إسقاط البينتين والتحالف . والثاني : الإقراع بينهما .
وإذا وقع الفسخ ، وجب ردّ السلعة على بائعها ، سواء قيل
إنّ الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً ، أو قد وقع في الظاهر دون الباطن .
فإن كانت السلعة تالفة ، فلا يخلو حالها من أحد أمرين : إمّا أن
تكون ممّالها مثل أو ممّالاً مثل لها . فإن كانت ممّالاً مثل لها
وجب ردّ قيمتها وفي اعتبار زمان القيمة وجهان ^(٢) :
أحدهما ^(٣) : وقت التلف . والثاني : أكثر ما كانت ^(٤) قيمة من وقت

- (١) المرجع السابق . ومّا جاء فيه : " ولا يجي القول بالوقف ؛
لأنّ العقود لا توقف ، ولا يجي القول بالقسمة ، لأنهما يتنازعا
في عقد ، والعقد لا يمكن قسمته . " والروضة ٥٢٥/٣ : " فإن أقاما
بينتين وقتنا بالتساقط فكأنه لا بينة ، وآلاً توقفتا إلى ظهور
الحال " المغني ٩٥/٢ جزم بالوجه الأول .
(٢) قلت : بل فيه أربعة أوجه - وقيل أقوال - الوجهان اللذان
ذكرهما الماوردي ، والثالث : أنه تعتبر قيمة يوم القبض ؛
لأنه وقت دخول البيع في ضمانه . والرابع : أنه يعتبر أقلّ
قيمتي يوم العقد ويوم القبض ؛ لأنها إن كانت يوم العقد
أقلّ ، فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، وإن كانت يوم القبض
أقلّ ، فهو يوم دخوله في ضمانه .

ومشأ هذا الخلاف هو أنّ العقد هل يرتفع من أصله أو من حينه ؟
فمن ذهب إلى الأول قال : الواجب أقصى القيم . ومن قال بالثاني
اعتبر قيمة يوم التلف . راجع : الفتح ١٩٢/٩ ، والروضة ٥٨٢/٣ ،
والمغني ٩٧/٢ ، والنهاية ١٦٥/٤ ، وشرح المحلّى ٢٤٠/٢ .
(٣) وهو أصحّ الأوجه ، ودليله : أنّ مورد الفسخ العين ، والقيمة بدل
عنها ، فلتعتبر عند فوات أصلها . المرجع السابقة .

(٤) ب : " ما كان " ج : " ممّا كانت " .

القبض إلى وقت التلف (١).

فان اختلفا في قدر القيمة ، فالقول (٢) قول المشتري مع يمينه اعتبارا ببرائة ذمته ، وسواء كانت القيمة أكثر مما ادّعاء البائع أو أقل (٣) ، لبطان ما ادّعاء من استحقاق (٤) البيع .
وإن كانت السلعة البيعة مّا لها (٥) مثل ، كالحنطة ، والشعير فعلى وجهين : (٦)

أحدهما : (٧) أنّ (٨) عليه ردّ مثلها (٩) ، كالمغصوب .

والثاني - وهو أصح - : أنّ عليه غرم قيمتها (١٠) ؛ لأنّه لم يضمنه وقت القبض بالمثل ، وإنما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب.

(١) وذلك لأنّ يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم . أنظر : الفتح ١٩٢/٩ .

(٢) ج : " والقول " وهو خطأ .

(٣) أنظر : المذهب (٣٠١/١) وفيه : " وحكى عن أبي علي بن خيران أنه قال : ما زاد على الثمن لا يجب ؛ لأنّ البائع لا يدّعيه ، فلم يجب ، كما لو أقرّ لرجل بما لا يدّعيه . والمذهب الأوّل ؛ لأنّه بالفسخ سقط اعتبار السلعة . " والفتح ١٩٢/٩ ، والروضة ٥٨٢/٣ .

(٤) ب ، ج : واستحقاق .

(٥) ج : " مّا له " .

(٦) ب ، ج : ففيه وجهان .

(٧) وهو المشهور كما في المغني ٩٧/٢ ، والنهية ١٦٥/٤ ، وبه

جزم قليوبي (٢٤٠/٢) .

(٨) أنّ : ليس في ب ، ج .

(٩) ب ، ج : " مثله " .

(١٠) ب ، ج : " قيمته " وهو خطأ .

- فصل -

فأما ما أخذه المشتري من البيع قبل الفسخ ^(١) من غلة ، أو ثمرة ، أو نتاج ، فكله على ملك المشتري ، لا يلزمه رد شيء منه على البائع ؛ لأنه كان مالكا حين استغل ، وإنما زال ملكه بما حدث من الفسخ . ^(٢)

وكذلك ^(٣) لو كانت أمة فوطئها ، لم يلزمه إذا تحالفا أن يرد المهر ، إلا أن تكون بكرا فتصير بوطئ شيبا ، فيلزمه للبائع أرش بكارتها . ^(٤)

ولو كان قد أحبلها صارت له أم ولد ، ولا يمنع ذلك من التحالف كما لو أعتق . لكن ^(٥) إذا تفاسخا بالتحالف ، رجع عليه بقيمتها إذا أولد أو أعتق . وكذلك لو كان باعها لم يفسخ ^(٦) بيعه ، ووجب عليه قيمتها . ^(٧)

ولو كان قد أجر / ما ابتاعه ، أو كانت أمة فزوجه ، ثم ١٤٤ / أ تحالفا وتفاسخا ، لم تبطل الإجارة ^(٨) ، ولا النكاح ^(٩) ، لأنه عقد تولاه .

(١) د : " قبل الفتح " وهو تصحيف .

(٢) انظر : الفتح ١٩٢ / ٩ ، والروضة ٥٨٢ / ٣ ، والنهاية ١٦٥ / ٤ ، والمغني ٩٧ / ٢ .

(٣) ب ، ج : وكذا .

(٤) انظر : الفتح ٢٠٤ / ٩ وفيه : " وإن كانت بكرا ردها مع أرش البكارة ؛ لأنه نقصان جز " ، والروضة ٥٨٥ / ٣ .

(٥) ج : ولكن .

(٦) ج : لم يفسخ .

(٧) هذا هو الصحيح المشهور أي أن التصرفات المذكورة ماضية وصحيحة .

وفي وجه قائله أبو بكر الفارسي : يتبين فسادها بجريان التحالف ، وترد العين . انظر : الفتح ١٩٨ / ٩ ، والروضة ٥٨٣ / ٣ ، والمغني ٩٧ / ٢ ، والنهاية ١٦٦ / ٤ .

(٨) المراجع السابقة .

(٩) وعن أبي بكر الفارسي : يبطل النكاح ، كما في الفتح ، والروضة .

مالك^(١) حين العقد ، والأجرة ، والمهر ملك^(٢) للمشتري لاستحقاق ذلك بالعقد الذي كان في ملكه ، وللبائع^(٣) أن يرجع على المشتري فسي الأمانة^(٤) ما بين قيمتها خليه أو ذات زوج ، وفي المؤاجرة ما بين قيمته مطلقا ومو^(٥) جرا .

فلو كان^(٦) المشتري قد رهن السبع^(٧) ، فتحالفا ، فإذا تفسخا لم يفسخ^(٨) الرهن ، وهل^(٩) له أن يأخذ المشتري بفكائه^(١٠) قبل محله أم لا ؟ على وجهين^(١١) كمن أذن لغيره في رهن عبده . فان^(١٢) بيع في الرهن ، ضمن المشتري قيمته للبائع وإن افتكه منه رده على بائعه ، برى^(١٣) من ضمانه .

-
- (١) مالك : ساقط من ج .
 (٢) من ب ، ج . وفي أ ، د " والأجرة كالمهر ملكا " وهو خطأ .
 (٣) ب ، ج : لكن للبائع .
 (٤) " في الأمانة " أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د : " بأرش " وبأباه السياق .
 (٥) ب ، ج : مو^١ اجرا .
 (٦) فلو كان : أثبتته من ب ، ج . وفي أ ، د : أو يكون .
 (٧) ب ، ج : قد رهنه .
 (٨) ب ، ج : فتحالفا وتفسخا جاز ولم يفسخ .
 (٩) د : " فهل " وهو غير ملائم للسياق .
 (١٠) فك الرهن : خلّصه ، وافتكه أيضا . وفكك الرهن : بفتح الفاء وكسرهما ما يفتك به . أنظر : المختار ص ٥٠٩ .
 (١١) جاء في أسنى المطالب ١٢٠/٢ : " وإن رهنه فان شاء أخذ القيمة أو انتظر الفكك " وكذا في المصادر الأخرى السابقة .
 (١٢) ج : ولو .
 (١٣) في أ ، د : " برى " بسقوط الواو ، والمثبت من ب ، ج .

وإذا ابتاع عبدا واختلفا في ثمنه فحلف^(١) كل واحد من البائع والمشتري على دعواه بعثته^(٢) ، فلا حكم لهذه اليمين في فسخ البيع^(٣) ، فإذا تحالفا بالله تعالى ، وعاد العبد إلى البائع بالفسخ عتق عليه ، لا قراره أنه عتق على المشتري بحنثه^(٤) .

ولو قبله المشتري بما قال^(٥) البائع بعد يمينه^(٦) أو قبلها ، عتق^(٧) على المشتري ؛ لأنه قد أحنث نفسه بتمديد^(٨) البائع^(٩) .

ولو سلمه البائع إلى المشتري بما قال قبل يمينه أو بعدها ،

-
- (١) ج : وحلف .
- (٢) أ : " لعنته " والتصويب من سائر النسخ .
- (٣) أي أنّ المتبايعين إذا اختلفا ، ثم حلف كل واحد منهما بعد التحالف أو قبله بحرية العبد المبيع إن لم يكن الأمر كما قال ، فلا يعتق العبد في الحال ؛ لأنه ملك المشتري وهو صادق بزعمه . انظر : الفتح ٢٠١ / ٩ .
- (٤) قال الرافعي : " عتق عليه ؛ لأنّ المشتري كاذب بزعمه ، والعبد قد عتق عليه ، فهو كمن أقر بحرية العبد ، ثم اشتراه . ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذبا ، ويعتق على المشتري إن كان صادقا . وولا هذا العبد موقوف لا يدّعيه البائع ولا المشتري " المرجع السابق .
- (٥) ج : بما قاله .
- (٦) ج : " بعد ثمنه " وهو تصحيف .
- (٧) ج : أعتق .
- (٨) ج : " ليفسد " وهو تصحيف .
- (٩) انظر : الفتح ٢٠٢ / ٩ وفيه : " حكم بعثته عليه - أي المشتري - ويردّ الفسخ إن تغاسخا ، كما لورّد العبد بعيب ، ثم قال : كنت أعتقته يردّ الفسخ ويحكم بعثته " والروضة ٥٨٥ / ٣ .

لم يعتق العبد على واحد منهما. ^(١) أمّا المشتري فلاّنه صدّق على ما حلف ، وأمّا البائع فلاّنه غير مالك لما حنث بعته . فان ردّ العبد عليه بعيب ، عتق عليه حينئذ بحنثه .

وإذا ابتاع الوكيل لموكله عبداً ، ثم اختلف الوكيل والبائع فسيئنه فهل يكون الحالف ^(٢) للبائع الوكيل أو الموكل ؟ على وجهين ^(٣) : أحدهما : أنّ الوكيل هو الذي يحلف ، لأنّه المتولّى للعقد ^(٤) ، فان ^(٥) نكل الوكيل عن اليمين صار البيع لازماً له ، دون موكله .

والوجه الثاني : أنّ الموكل هو الذي يحلف ، لأنّ أحدا لا يملك شيئاً بيمين غيره ، فان نكل الموكل عن اليمين ، صار البيع لازماً ^(٦) له ، دون وكيله . ^(٧)

ولو كان الوكيل قد باع لموكله عبداً ، ثم اختلف ^(٨) الوكيل والمشتري في ثمنه ، فأحد الوجهين : أنّ الموكل يحالف المشتري . والثاني : أنّ الوكيل يحالف المشتري ^(٩) . فان نكل الوكيل عن اليمين ، قضى للمشتري

(١) وفصل فيه الرافعي والنووي فقالا : ولو صدّق البائع المشتري نظراً ، إن حلف البائع بالحرية أولاً ثم المشتري ، فإذا صدّقه البائع عقب يمينه ثم عاد العبد إليه لم يعتق ، لأنّه لم يكذب المشتري بعد ما حلف بالحرية حتّى يجعل مقراً لعته وإن حلف المشتري بحريته أولاً ، ثم حلف البائع ، ثم صدّقه عتق إذا عاد إليه ؛ لأنّ حلفه بعد حلف المشتري تكذيب له ، وإقرار بالحرية ، انظر : المرجعين السابقين .

(٢) من ب وفي أ ، د : " المحالف " وفي ج : " التحالف " وكلاهما تصحيف .

(٣) راجع : المهذب ٣٠١/١ ، والفتح ٢٠٣/٩ ، والروضة ٥٨٥/٣ ، والمغني ٩٥/٢ .

(٤) د : على العقد .

(٥) ج : وإن .

(٦) ب ، ج : فالبيع لازم .

(٧) ب ، ج : دون الوكيل .

(٨) ج : ثم أحلف وهو تصحيف . (٩) أنظر : المراجع السابقة .

بالعبد^(١) ، وألزم الوكيل غرم فاضل الثمن للموكل .

- فصل -

فاذا^(٢) اختلف المتبايعان فقال البائع : " بعتك هذا العبد
(٣) (بألف " وقال المشتري : " بل بعتني هذه الجارية بألف ")^(٣)
فلا تحالف في هذا الاختلاف ؛ لأنه اختلاف في عقدين ، وإنما^(٤) يكون
التحالف بالاختلاف^(٥) في عقد واحد^(٦) .

وإذا كان كذلك فالبايع يدعى على المشتري أنه باعه عبده

بألف / والمشتري منكر ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، ولا يلزمه ١٤٤ ب

(١) ب : " بالعقد " وهو تصحيف .

(٢) ج ، د : وإذا .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) ب : فانما .

(٥) ب ، ج : للاختلاف .

(٦) وبه - أي بعدم التحالف - قطع الشيرازي في التنبيه ص ٦٨ ،

وذكر في المهدب (٣٠١ / ١) وجهين . أحدهما : يتحالفان ؛
لأن كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره الآخر ، فأشبه إذا اختلفا
في قدر المبيع . والثاني : أنهما لا يتحالفان . قال : وهو
اختيار الشيخ أبي حامد الاسفرائيني ؛ لأنهما اختلفا في أصل
العقد في العبد والجارية ، فكان القول فيه قول من ينكر كما لو
ادّعى أحدهما على الآخر عبدا ، والآخر جارية من غير عقد .

هذا ، وقد فصل الرافعي والنووي وغيرهما فقالوا : إن كان الثمن
معينا تحالفا كما لو اختلفا في جنس الثمن ، وإن كان في الذمة
ففيه الوجهان . راجع : الفتح ١٥٥ / ٩ ، والروضة ٥٢٥ / ٢ ،
والنهاية ١٦١ / ٤ ، والمغني ٩٥ / ٢ .

- شراء العبد ، ثم المشتري يدعى على البائع أنه اشترى منه جاريته (١)
 بألف ، والبائع منكر ، فالقول قول البائع مع يمينه ، ولا يلزمه بيع الجارية. (٢)
 فلو أقام البائع البينة على المشتري أنه اشترى منه العبد بألف ،
 وأقام المشتري البينة على البائع أنه باع عليه الجارية بألف حكمنا بالبنتين
 جميعاً (٣) ، لأنهما لا يتعارضان ، لأن كل (٤) واحدة (٥) منهما
 مثبت (٦) عقدا لا يقتضي نفي غيره ، فيصير المشتري ملتزماً لا بتياع الجارية
 التي ادّعاها بألف ، وله أن يتصرّف فيها كيف شاء ، وملتزماً (٧) لا بتياع
 العبد الذي ادّعى عليه بألف .
- ثم ينظر في العبد ، فإن كان في يد المشتري فهو على ملكه ، لأن (٨)
 ملكه لا يبطل بجحوده (٩) ، وله أن يتصرّف فيه بما شاء من بيع وغيره ،
 إلّا الوطء إن لو كان العبد جارية فانه (١٠) يحرم عليه (١١) ، لاقراره
 بتحريم ذلك عليه ، وعليه النفقة . وإن (١٢) كان العبد في يد البائع ،

-
- (١) ب : " جارته " وهو تصحيف .
 (٢) انظر : المراجع السابقة .
 (٣) وهذا إذا لم تؤرخ البينتان بتاريخين ، وإلا قضى بمقدّمة
 التاريخ . انظر : النهاية ١٦٢/٤ ، والمغني ٩٥/٢ .
 (٤) ب : إذ كل .
 (٥) ج : واحد .
 (٦) ب ، ج : " مثبت " د : " ثبت " وهو خطأ .
 (٧) من ج . وفي سائر النسخ : ملزوما .
 (٨) ج : وأن .
 (٩) ج : " مجهول " وهو تصحيف .
 (١٠) فانه : ساقط من ج .
 (١١) عليه : ساقط من د .
 (١٢) ب : " فان " وبأباء السياق .

فهل يجبر المشتري^(١) على قبضه (أم لا ؟ على وجهين : ^(٢) أحدهما :
يجبر على قبضه ليمسقط ضمانه عن بائعه . والثاني : لا يجبر على قبضه^(٣) ،
ويقبضه الحاكم ، ليجبر البائع من ضمانه .

ثم للحاكم أن يفعل أحظ الأثرين من بيعه ووضع^(٤) ثمنه في
بيت المال ليعترف به المشتري فيأخذه ، أو يؤجره ، أو يأذن له في
الكسب ، وينفق عليه من أجرته أو كسبه ثم يكون فاضل أجرته وكسبه^(٥)
في^(٦) بيت المال ، ليعترف به المشتري فيأخذه مع فاضل كسبه وأجرته^(٧) .

وإذا اختلفا فقال البائع : * بعثك هذا العبد بهذه الألف
بعينها * وقال المشتري : * الذي اشتريت بهذه الألف بعينها هذه
الجارية دون هذا العبد * فهذا اختلاف في عقد واحد ، وليس كالذي قبله ،

- (١) المشتري : ساقط من جـ .
(٢) انظر : المهذب ، وفيه : * ففيه وجهان : أحدهما : يجبر
المشتري على قبضه ، لأن البينة قد شهدت له بالملك ، والثاني :
لا يجبر ؛ لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه ، فلم يسلم إليه *
والفتح ١٥٧/٩ ، والمغني ٩٥/٢ جزم به - أي بالثاني - ابن
أبي عصرون ، وقال أبو الحسن السلمي : إنه الصحيح ، والنهاية
١٦٢/٤ وذكر وجهها ثالثاً أنه يبقى بيد البائع على قياس من أقر
لغيره بشي* وهو ينكره . قال : وهو الأصح .
(٣) ما بين القوسين ساقط من جـ .
(٤) د : * في وضعه * وهو خطأ .
(٥) وكسبه : ساقط من د .
(٦) في : أثبتته من ب ، ج ، د . وفي أ : من .
(٧) انظر : المراجع السابقة .

لأنهما قد اتفقا على الثمن ، واختلفا في الشئ ، فيكون كاتفاقهما (على
الشئ ، واختلفا في الثمن) (١) في الثمن ، فيتحالفا كما يتحالفا هناك (٢)
والله أعلم . (٣)

- مسألة -

قال الشافعي (٤) : (ولولم يختلفا ، وقال (٥) كل واحد
منهما : لا أدفع حتى أقبض ... الفصل الى قوله : ولا يدع الناس
يتمانعون (٦) الحقوق ، وهو يقدر على أخذها منهم) (٧)

وهذا كما قال . اعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا بد من ذكرها
ليترتب (٨) جواب المسألة عليها ، وهي أن لكل واحد من المتبايعين حبس (٩)
ما بيده عند (١٠) تعذر قبض (١١) ما في مقابلته ، فللمشتري حبس (٩)
الثمن خوفا من تعذر قبض الشئ ، لأنه عقد معاوضة يقتضي حفظ العوض .
فلو تأخر تسليم المبيع الشئ لعذر أو غير / عذر ، لم يلزم المشتري ١٤٥/أ

- (١) ما بين القوسين ساقط من جـ .
- (٢) أنظر: الفتح ١٥٥/٩ ، والروضة ٥٧٥/٣ ، والمغني ٩٥/٢ ،
والنهاية ١٦١/١ .
- (٣) ج : والله تعالى أعلم .
- (٤) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
- (٥) د : فقال .
- (٦) ج : "يباعون" وهو تصحيف .
- (٧) أنظر : مختصر المزني ٢٠٣/٣ .
- (٨) د : "لو ترتب" وهو تصحيف .
- (٩) د : "جنس" في الموضعين ، وهو خطأ .
- (١٠) د : "فقد" بدل "عند" وهو تصحيف .
- (١١) قبض : ساقط من د .

تعجيل الثمن ، وهكذا أيضا للبائع حبس المبيع في يده ، خوفا من تعذر قبض ثمنه . (١)

فلو أعطاه المشتري بالثمن رهنا أو ضمينا ، لم يلزمه تسليم المبيع ؛ لأن الثمن باق ، وإنما هذا (٢) وثيقة فيه ، وقد كان موثقا بذمة (٣) مشتريه .

ولكن لو أحال بالثمن حوالة قبلها ، أو أعطاه به (٤) عرضا (٥) رضيه ، لزمه تسليم المبيع ، لاستيفاء ثمنه (٦) . وهكذا لو أبرأه من ثمنه لم يكن له حبس المبيع ؛ لأنه لم يبق له حقّ يحبس المبيع لأجله . (٧)

(١) قلت : وإنما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالاً ، أما المؤجل فليس له الحبس به لرضاء بتأخير . ولولم يتفق التسليم حتى حلّ الأجل فلا حبس له أيضا عند جمهور الأصحاب . وفي قول ضعيف خرّجه المزني عن نصّ الشافعي : أنّ له حبسه . راجع : الفتح ٤٨١ / ٨ ، والروضة ٥٢٤ / ٣ ، وأسنى المطالب ٩٠ / ٢ ، والمفني ٧٥ / ٢ ، وشرح المحلى ٢١٩ / ٢ .

(٢) ج : هذه .

(٣) ب ، ج : في ذمّة .

(٤) ج : أو أعطى به .

(٥) ج ، د : " عوضا " .

(٦) قلت : وهل له حبس المبيع حتى استيفاء العرض الذي هو بدل الثمن ؟ ذكر الشيخان : أنّ له إدامة حبسه لاستيفاء العرض . ونقل الشرييني عن القفال : ليس له ذلك ؛ لأنه أبطل حقه من الحبس بنقله إلى العرض ، إذ حقّ الحبس لاستيفاء عين الثمن وهذا بدله . راجع : الفتح ١٨٩ / ٨ ، والروضة ٥٢٤ / ٣ ، والمفني ٧٥ / ٢ - ٧٦ .

(٧) أنظر : الفتح ٤٨٥ / ٨ ، وأسنى المطالب ٩٠ / ٢ ، والمفني ٧٦ / ٢ .

فلو أعطاء بعض الثمن ، وسأله أن يدفع إليه بقدره من البيع ،
ففيه قولان حكاهما ابن سريج : (١)

أحدهما : عليه أن يدفع إلى المشتري من البيع بقدر ما قبض من
ثمنه ، ويحبس منه بقدر ما بقي ، ولا يجوز أن يحبس جميعه لتقسط الثمن
عليه . (٢)

والقول الثاني : لا يلزمه ذلك ، وله حبس الجميع على باقسي
الثمن ، ولو بقي منه درهم كالرهن .

ولو اشترى منه ماشية فنتجت في يد بائعها قبل القبض أو دخلا
فأثمرت كان للبائع أن يحبس أصل الماشية والنخل على الثمن ، دون الناتج
والشرة ؛ لأنهما لم يتناولهما العقد ، وإنما حدثا على ملك المشتري من
بعد . (٣)

ولو كان البيع دارا فأجرها المشتري قبل دفع الثمن كان للبائع
أن يمنع المستأجر منها (٤) ، كما كان له منع المشتري ؛ لأنَّ تكين المستأجر
منها تسليم إلى المشتري ، وذلك لا يلزم قبل قبض الثمن .

(١) قلت : في كتب المذهب حكوا فيه وجهين ، لا قولين . راجع :
المهذَّب ٣٠٢/١ ، والفتح ٤٩٢/٨ ، والروضة ٤٣٠/٣ وقال
عن الوجه الثاني بأنه شاذ ، وأسنى المطالب ٩١/٢

(٢) يعني أن كل جزء من البيع في مقابلة جزء من الثمن ، فإذا سلّم
بعض الثمن ، وجب تسليم ما في مقابلته من البيع .
قال في المهذَّب : " ويخالف الرهن في الدين ، فإنَّ الرهن ليس
بحوض من الدين ، وإنما هو وثيقة به ، فجازله حبسه إلى أن
يستوفى جميع الدين " .

(٣) راجع : المجموع ٢٦٩/٩ ، والمغني ٦٦/٢ ، وحاشية قليوبسي
٢١٠/٢ ، وحاشية الجمل ١٥٢/٣ .

(٤) وذلك لأنَّ تصرف المشتري في البيع قبل دفع الثمن لا ينفذ ،

- فصل -

فإذا تقررت هذه الجملة ، فصورة مسألة الكتاب ، أن يبذل كل واحد من المتبايعين ما بيده ، ولكن ^(١) يختلفان في التقديم ، فيقول البائع : " لا أسلم المبيع إلا بعد قبض ثمنه " ويقول المشتري : " لا أرفع الثمن إلا بعد قبض المبيع " فقد حكى الشافعي ^(٢) أربعة مذاهب للناس في ذلك ، واختار أحدها ^(٣) فخرّجها أصحابنا أربعة أقاويل له ^(٤) :

====
وإن دخل في ضمانه ، كما في حاشية الشهاب ٨٩/٢ . وجاء في حاشية الجمل ٢١٦/٣ : وعبارته (م ر) : " وإن كان قد آجره رجع فيه مؤاجرا ولا ينزعه من يد المكترى حتى تنقضي المدة ، والمستى للمشتري ، وعليه للبائع أجره المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها " . وظاهر عبارة " حج " والشارح أنه يختار بين أخذه حالا وأخذه أجره مثل ما بقي من المدة ، ومن الصبر إلى فراغ المدة وأخذ القيمة للحيلولة " ولكن في شرح الروض ومنه ما يعين الأول وهو وجوب الأخذ ، وأخذ أجره المثل دون القيمة " .

- (١) ج : لكن .
(٢) أنظر : الأتم ٨٨/٥ .
(٣) ج : " أحدهما " وهو خطأ .
(٤) قلت : في حكاية هذه المسألة طريقان للشافعية ، فمنهم من حكى فيها ثلاثة أو أربعة أقوال للشافعي . ومنهم من قال : المسألة على قول واحد ، وهو أن يجبر البائع على تسليم المبيع . قال : وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ، ولم يختره . أنظر : المهذب ٣٠٢/١ ، والفتح ٤٦١/٨ وما بعدها ، والروضة ٥٢٢/٣ والإبانة للفراني ١٢٨/أ ، والمنهاج مع المغني ٧٤/٢ ، والنهاية ١٠٢/٤ ، ورحمة الأئمة ص ١٤٥ : " فللشافعي أقوال أصحها : "

أحدها: ^(١) أن الحاكم يجبرهما على إحضار ذلك إليه ، فإذا دفع البائع المبيع إليه ، وأحضر المشتري الثمن إليه ، دفع الثمن إلى البائع ، والمبيع إلى المشتري ، ولا يبالى بأيهما بدأ ^(٢) إذا كان حاضرا . وحكى هذا القول عن بعض المشرقيين . ^(٣)

ووجه هذا القول أن الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم ، فإذا أمكنه ذلك لم يدع الناس ^(٤) يتمانعون الحقوق ، وهو يقدر على أخذها منهم . فعلى هذا إذا أحضر ^(٥) ذلك إلى الحاكم ، فتلّف في مجلسه كان من ضمان صاحبه ، فإن كان التالف هو المبيع بطل ^(٦) البيع ، لتلفه قبل القبض . وإن كان التالف هو الثمن ^(٧) ، لم يبطل ^(٨) البيع ، وعلى المشتري أن يأتي ببذله ، إلا أن / يكون الثمن معينا ، ١٤٥/ب فيبطل البيع أيضا بتلفه .

====
 جبر البائع على تسليم المبيع ، ثم جبر المشتري على تسليم الثمن . . .
 وقال أبو حنيفة ومالك : يجبر المشتري أولا * قلت : وعند أحمد :
 : إن كان الثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم
 أجبر المشتري على تسليم الثمن . وإن كان عينا ، أو عرضا بعرض ،
 جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ، ويسلم إليهما . وعنه ما يدل
 على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق . المغني لابن
 قدامة ١٤٩/٤ .

- (١) من ب د ، وفي أ ، ج : " أحدهما " وهو خطأ .
 (٢) في المذهب : " ثم يسلم إلى كل واحد منهما دفعة واحدة " .
 (٣) أهل الحجاز كانوا يستعملون العراقيين " المشرقيين " .
 انظر : مناقب الشافعي للبيهقي ٣١٦/٢ .
 (٤) الناس : ساقط من ج .
 (٥) د : " حضرا " وهو خطأ .
 (٦) ج : فيبطل .
 (٧) ج : وإن كان الثمن هو التالف .
 (٨) ب : " معينا " وهو خطأ .

(٢) والقول الثاني : أنَّ ^(١) الحاكم يدعيهما جميعا ، ولا يجبر واحدا

منهما ، لأنَّ لكل واحد منهما حقا في حبس ما بيده ، وليس أحدهما
أحق من صاحبه ، لكن يمنعهما من التخاصم ، فأيتهما تطوع بدفع ما في
يده ^(٣) ، وجب على الحاكم حينئذ أن يجبر ^(٤) الآخر على تسليم
ما في مقابلته . وهذا القول حكاه عن بعض المشرقيين أيضا .

والقول الثالث : أنَّ الحاكم ينصب لهما أمينا عدلا ، ويأمر كل واحد

منهما بتسليم ما بيده إليه ، حتى إذا صار الجميع معه ، سلم الصبيح إلى
المشتري ، والثن إلى البائع . وحكى هذا القول عن سعيد بن سالم
القدّاح ^(٥) . فكان ^(٦) أبو اسحاق المروزي يجعل هذا والقول الأوّل
واحدا ^(٧) ، ويخرج المسألة على ثلاثة أقاويل ^(٨) . وامتنع سائر

(١) أنَّ : ليس في د .

(٢) من ب ، ج . وفي أ ، د : " واحد " وهو خطأ .

(٣) ب ، ج : ما بيده .

(٤) من ب ، ج . وفي أ ، د : " أن يختير " وهو خطأ .

(٥) هو أبو عثمان سعيد بن سالم القدّاح المكي ، أصله من خراسان أو
الكوفة ، صدوق بهم ، رمي بالإرجاء ، وكان فقيها . انظر ترجمته في :
الكشف ٣٦١ / ١ ، وتهذيب التهذيب ٣٥ / ٤ ، والتقريب ص ١٢٢ .

(٦) ب : " وكان " وبأباه السياق ، ج : " ومال " وهو تصحيف .

(٧) د : " واحد " وهو خطأ .

(٨) وهو صنيع الشيرازي في المهدّب ٣٠٢ / ١ وكذا الرافعي والنووي
أيضا جعلاهما قولاً واحداً ، ولكنهما لم يخرججا المسألة على ثلاثة
أقوال ، بل خرجاها على أربعة أقوال ، وجعلوا القول الثالث هو أن
الحاكم يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً ، لأنَّ حقَّ متعيّن
في البيع وحق البائع غير متعيّن في الثمن ، فيؤمر بالتعيين . انظر :
الفتح ٤٦٣ / ٨ ، والروضة ٥٢٢ / ٣ .

أصحابنا من جعلهما واحداً ، و أنّ ^(١) كلّ واحد منهما مخالف لصاحبه ، لأنّ الدفع والتسليم في القول الأوّل إلى الحاكم ، فكان ^(٢) بحكمه ، وههنا الحكم منه في نصب الأمين ، والأمر بالتسليم فاختلغا .

والقول الرابع - وهو الذي اختاره لنفسه - : أنّ الحاكم يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً إلى المشتري ^(٣) ، فإذا سلّمه أجبر المشتري على تسليم الثمن إليه .

ووجه هذا القول : أنّ استقرار العقد (معتبر بوجود القبض ، فوجب إجبار البائع عليه ليستقرّ العقد) ^(٤) به . ولأنّ البائع يقدر على التصرف في الثمن قبل قبضه بالحوالة به ^(٥) ، ويأخذ ^(٦) بدله . والمشتري لا يقدر على ذلك في المبيع إلّا بقبضه ^(٧) ، فأجبر البائع عليه ليتساوى فيه . ولأنّ المبيع متعيّن ^(٨) ، والثمن في الذمّة غير متعيّن . وما تعلّق بالأعيان أحقّ بالتقديم ممّا ثبت في الذم ، كالرهن في أموال المفلّس .

فعلى هذا إذا سلّم البائع المبيع إلى المشتري ، لم يخل حال المشتري من أحد أمرين : إمّا أن يكون مؤسراً بالثمن ، أو معسراً . فان كان

(١) من ب ، ج . وفي أ ، د : " وأن كان " وهولا يلائم السياق .

(٢) ج : " وكان " ويأباه السياق .

(٣) ج : إلى المشتري أولاً .

(٤) ما بين القوسين ساقط من أ ، د . وأثبتته من ب ، ج .

(٥) به : ساقط من ج .

(٦) من ب ، ج . وفي أ ، د : " يأخذ " بسقوط حرف العطف .

(٧) ج : إلّا بقبض .

(٨) ب ، ج : متعيّن .

معسرا بالثمن ، فهذا مغلّس ، والبائع بالخيار بين أن يرجع بعين ماله ،
وبين أن يصبر به في ذمة المشتري ^(١) ، مع إعساره ^(٢) .

وإن كان موسرا بالثمن ، فلا يخلو حال ماله من أحد أمرين :
إمّا أن يكون حاضرا أو غائبا . فان كان ماله حاضرا ، أجبر على دفع الثمن إلى
البائع ، ويكون ممنوعا من التصرف في البيع وسائر ماله ^(٣) ، حتى يدفع
الثمن إلى البائع . ثم يطلق تصرفه فيه حينئذ . وإنا ^(٤) استحقّق الحجر
في البيع وجميع ^(٥) ماله ، لأنّه ربما استهلكه بتصرفه ^(٦) ، فلا يصل ^(٧)
البائع إلى البيع ، ولا إلى ثمنه .

وإن كان ماله غائبا فله ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون على مسافة أقلّ من يوم وليلة ، فهذا فسي
حكم / الحاضر وينتظر به ^(٨) حضور ماله ، بعد أن يحجر ١/١٤٦

(١) قلت : هذا على الوجه الصحيح المنصوص عليه . وفي وجهه :
تباع السلعة ويوفى من ثمنها حقّ البائع ، فان فضل شيء فهو
للمشتري . انظر المهذب ٣٠٢/١ ، والفتح ٤٧٣/٨ ، والروضة
٥٢٣/٣

(٢) ب : " مع اعتباره " وهو تصحيف .

(٣) هذا هو مذهب جمهور الشافعية ، ومنهم من قال : لا يحجر عليه
في سائر أمواله إن كان بعضها وافيا بديونه . انظر : الفتح
٤٦٩/٨

(٤) وإنا : ساقط من د .

(٥) ج : " من جميع " وهو خطأ .

(٦) ج : " تصرفه " بسقوط اليا .

(٧) ج : " ولا يصل " وبأباء السياق .

(٨) د : فينتظر به .

عليه في المبيع وسائر ماله ^(١) ، فإذا أحضر الثمن ، فكّ حجره ، وأطلق
تصرّفه .

والثاني : أن يكون على مسافة ثلاثة أيام فصاعداً ، فلا يلزم انتظار
ماله ، لبعده عنه وأنه في حكم المعسر .

والثالث : أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة ، وأقل من ثلاثة
أيام ، فعلى وجهين : ^(٢)

أحدهما : ينتظر به حضور ماله ، كما لو كان على أقل من يوم
وليلة ، ويجبر عليه في المبيع ، وفي ماله ، حتى يحضر الثمن .

والوجه الثاني : لا ينتظر به لبعده المسافة ، وأنها في حكم
ما زاد على الثلاث . فعلى هذا ما الذي يستحقّه البائع إذا لم ينتظر؟
فيه وجهان : ^(٣)

أحدهما : يجعل كالغفل ، ويختار البائع بين أن يرجع بعينه
ماله ، وبين أن يصير بالثمن في ذمّة المشتري إلى حين وجوده . فان صهر به
أطلق تصرّف المشتري في المبيع وغيره .

(١) وحكى الفخزالي في الوجيز وكذا في الوسيط وجهاً أنه لا يحجر
عليه ، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن . قال الرافعي : ولم أر لغيره
نقل هذا الوجه على هذا الإطلاق . انظر : الفتح ٤٦٨/٨ .

(٢) انظر : الفتح ٤٧٣/٨ ، والروضة ٥٢٣/٣ ، وفيها : "أصحهما
الأول ، وبه قطع في المحرّر" .

(٣) والوجه الأول هو الأظهر عند جمهور الشافعية (المرجعان
السابقان) .

والوجه الثاني : أنَّ حكم المقلّس منفي عنه ، لوجود المال ، وإن بعد عنه ^(١) ، ولكن تباع عليه ^(٢) السلعة البيعة ، ليصل البائع إلى حقه منها . فان بيعت بقدر ما للبائع من الثمن ، دفع إليه ذلك ، وقد استوفى ^(٣) حقه . وإن بيعت بأكثر ردّ الفاضل على المشتري ، وإن بيعت بأقلّ كان الباقي ديناً للبائع في ذمّة المشتري .

فصل -

إذا كان البيع عرضاً بعرض ، وقال كلّ واحد منهما : لا أدفع ، حتى أقبض ، ففيه ثلاثة ^(٤) أقاويل ^(٥) :

أحدها : أنَّ الحاكم يأمرهما بإحضار ذلك إلى مجلسه .

والثاني : أنه يدعهما ، حتى يتطوّع أحدهما ، فيجبر الآخر على تسليم ما في مقابلته .

والثالث : أن ينصب الحاكم لهما أميناً يدفعان ذلك إليه حتى يسلم إلى كل واحد منهما حقه .

وأما القول الرابع أنه يجبر البائع أولاً ، ثم المشتري ، فلا يجيئ في هذا الموضع ؛ لأنه ليس يتعيّن أحدهما بأنه بائع ، والآخر بأنه مشتر . ^(٦)

(١) ب ، ج : منه .

(٢) عليه : ليس في ب ، ج .

(٣) د : " واستوفى " بدون قد .

(٤) ج : " أربعة " وهو خطأ .

(٥) والوجه الأوّل هو الأظهر لدى الأصحاب ، وهو جزم في الشامل .

انظر : الفتح ٤٦٥/٨ ، والروضة ٥٢٢/٣ ، والمنهاج مع المفتي

٧٥/٢ ، وشرح المحلّى ٢١٨/٢ .

(٦) من ج . وفي سائر النسخ : " مشترى " وهو خطأ .

ولو كان الباع عرضاً بمرض، وهما أو أحدهما ممّا لا يحوّل (١) ،
فليس إلّا قولين : أحدهما : أنّ الحاكم يدعيهما حتّى يتطوّع أحدهما
ثم يجبر الآخر . والثاني : أنه ينصب لهما أمينا . ولا يجري (٢) القولان
الآخران ؛ لأنّ إحضار ذلك إلى مجلس الحكم غير ممكن . فيبطل (٣)
هذا القول ، وليس يتعيّن أحدهما بأنه بائع فيجبر ، فيبطل (٤) أيضا
هذا القول . والله أعلم . (٥)

- فصل -

إذا (٦) امتنعت الزوجة من تسليم نفسها ، إلّا بعد قبض
صداقها ، وامتنع الزوج من دفع الصداق إلّا بعد تسليم نفسها ، فلا (٧)
يجب فيه جبر الزوجة على تسليم نفسها ، كما يجبر البائع على تسليم سلعته ؛
لأنّ البائع إذا سلّم سلعته / أمكن أن يجبر على المشتري فيها . ١٤٦ ب
والزوجة إذا سلّمت نفسها لم يمكن منع الزوج من الاستمتاع بها ، فيصير
تسليم نفسها مبطلاً لحقّها (٨) . وليس كذلك البائع . ويجب باقسي
الأقويل . (والله أعلم بالصواب .) (٩)

-
- (١) ب : ممّا لا ينقل .
(٢) ب ، ج : ولا يجري .
(٣) ب ، ج : فيبطل .
(٤) ب ، د : فيبطل .
(٥) والله أعلم : ليس في ج .
(٦) ج : فإذا .
(٧) ج : " ولا يجبي " ويأباه السياق .
(٨) مبطلاً لحقّها : ساقط من ج .
(٩) ما بين القوسين ليس في ج ، د . وفي ب يوجد " والله أعلم " فقط .

- مسألة -

- (٢) قال الشافعي (١) : (وان كان الثمن عرضاً أو ذهباً بعينه ، وتلف في يد المشتري ، أو تلفت السلعة في (٣) يد البائع ، انتقض البيع) (٤) .
- قد ذكرنا (٥) أنّ ما تعيّن بالعقد (٦) إذا تلف قبل القبض ،
- شنا كان أو مشتتاً . بطل به (٧) البيع . وذكرنا خلاف مالك فيه ، واحتجنا له ، وعليه ، بما أغنى عن زيادة فيه ، وفرعنا عليه فروعا نتبعها (٨) بنظائرها . (٩)
- فإذا باع عبداً باللف ، فكسب العبد في يد بائعه ألفاً ، ثم مات (١٠) قبل تسليمه ، بطل البيع بموته ، وبرى المشتري من ثمنه ، وإن كان قد

==== راجع في الفصل : التنبيه ص ١٠٨ ، والمهذب ٥٨/٢ ، والروضة ٢٥٩/٧ : "ثلاثة" أقوال . أظهرها : يجبران بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل ، وتؤمر بالتمكين . فإذا مكنت ، سلم العدل الصداق إليها " والمنهاج مع المغني ٢٢٣/٣ ، والنهاية ٣٣٨/٦ .

- (١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
- (٢) ب ، ج : "تلف" د : "تلف" .
- (٣) ب : من يد .
- (٤) أنظر : مختصر المزني ٢٠٣/٢ .
- (٥) تقدّم في ص ٤٨٧ وما بعدها .
- (٦) ج : "العقد" بسقوط الباء .
- (٧) به : أثبتته من ب ، ج ، وليس في أ ، د .
- (٨) ب ، ج : فروعا نحن نتبعها .
- (٩) أ ، د : "وإذا" والمثبت من ب ، ج وهو الملائم للسياق .
- (١٠) مات : ساقط من ج .

أقبض الثمن ، فله استرجاعه . والألف^(١) التي اكتسبها العبد للمشتري ،
لأنه كسبها على ملكه .^(٢)

فلو^(٣) كان البائع حين^(٤) كسب العبد^(٥) ألفا حبسها عن
المشتري حتى تلفت ، ضمنها بالحبس ، ولزمه^(٦) تسليم العبد بغير
ثمن ، لأنه قد صار عليه ما^(٧) ضمنه من كسبه ألف ، هي بازا ، الألف^(٨)
التي له من ثمنه ، فصارتا قصاصا .^(٩) والله أعلم .^(١٠)

- مسألة -

قال الشافعي^(١١) : (ولا أحب مبايعة من أكثر ماله ربا^(١٢) ، أو من
حرام . ولا أفسخ البيع ، لإمكان الحلال فيه .)^(١٣) وهذا كما قال .

- (١) ب : " مع الألف " وهو خطأ .
- (٢) راجع : أسنى المطالب ٢/٧٩ ، والمغني ٢/٦٦ ، والنهاية
٢/٧٧ ، وحاشية قليوبي ٢/٢١٠ .
- (٣) ج : " ولو " وهو غير ملائم للسياق .
- (٤) حين : ساقط من د .
- (٥) العبد : ساقط من د .
- (٦) ج : ولزم .
- (٧) ب ، ج : بما .
- (٨) الألف : ساقط من ج .
- (٩) قاصصته ، مقاصصة ، وقصاصا ، من باب قاتل : إذا كان لك على
شخص دين مثل ماله عليك ، فجعلت الدين في مقابلة الدين ،
مأخوذ من اقتصاص الأثر .
أنظر : المصباح ص ٥٥٥ .
- (١٠) والله أعلم : ليمت في ج ، د .
- (١١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .
- (١٢) م : من ربا .
- (١٣) مختصر العزني ١/٢٠٣ وراجع في المسألة : المهذب ١/٢٧٤ ،
والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٨/٢٣١ ، والروضة ٣/٤١٦ ، والتكملة
٩/٣٤٣ .

تكره معاملة من لا يتوقى الشبه في كسبه ، ومن اختلط ^(١) الحرام والربا ^(٢) بحاله ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ، فلن تجد فقد شي تركته لله " ^(٣) وكقوله صلى الله عليه وسلم : " الحلال بين ، والحرام بين ، وبين ذلك أمور مشتبهاة " ^(٤) ومن يحم حول الحمى يوشك أن يقع فيه " ^(٥) .

- (١) ج : خلط .
- (٢) والربا : ساقط من جـ .
- (٣) روى من حديث الحسن بن علي أخرجه الترمذى ٦٠/٥ بزيادة في آخره " فان الصدق طمأنينة وأن الكذب ريبة " وقال : حديث حسن صحيح ، والدارمي ٢٤٥/٢ ، والحاكم ١٣/٢ وفي آخره " فان الخير طمأنينة وإن الشر ريبة " قال : وهذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي . وأخرجه أحمد ١٥٣/٣ من حديث أنس ، وفي أوله زيادة : " اتقوا دعوة المظلوم وإن كان كافرا فإنه ليس دونها حجاب " .
- وأخرجه النسائي ٢٠٣/٨ مطولا من قول ابن مسعود ، كما ذكره البخارى ٧٠/٣ معلقا من قول حسان بن أبي سنان ، كما ذكره عبد الرزاق ٣٠٨/١١ من قول شريح ، وذكره الهيثمي في مجمع ١٠/٩٤ مطولا من حديث واثلة بن الأسقع بطريقين ، نسب أحدهما إلى أبي يعلى والطبراني وضعفه من أجل عبيد بن القاسم ، ونسب الثاني إلى الطبراني فقط ، وضعفه من أجل أسامة بن جهميل ابن عبد الله الكندي ، وذكره من حديث ابن عمر أيضا ، ونسبه إلى الطبراني في الصغير ، وضعفه من أجل عبد الله بن أبي رومان ، وذكره من حديث ابن عمر نفسه بطريق آخر (٢٤/٤) ونسبه إلى الطبراني في الصغير ، وحسنه .
- قلت : وقوله " فلن تجد فقد شي تركته لله " لم يرد في هذا الحديث إلا في رواية عبد الرزاق . كما أنه ورد في حديث مستقل روى عن رجل من أهل البادية ، عن النبي صلى الله عليه وسلم . ذكره الهيثمي في مجمع (٢٩٦/١) ونسبه إلى أحمد . قال : ورجاله رجال الصحيح . كما ذكره ابن حجر في المطالب العالية ٢١٧/٣ ونسبه إلى العارث .
- (٤) د : مشابهاة .
- (٥) سبق تخريجه في ص (٩٩٥) هامش (١٢) وفي نسخة (د) ورد هذا الحديث قبل الحديث الأول .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (١) " لا يبلغ (٢) العبد أن يكون من المتقين ، حتى يدع ما لا بأس به ، حذرا مما به بأس " . (٣)

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لو صليت حتى تصيروا كالحنايا ، وصمت حتى صرتم (٤) كالآوتار ، ما تقبل ذلك منكم (٥) إلا بورع شاق " . (٦)

وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من لم يبال (٧) من أين مطعمه ولا من أين مشربه ، لم يبال الله تعالى من أي (٨) أبواب

- (١) أنه قال : ليس في جـ .
- (٢) د : " يبلغ " بسقوط حرف النفي .
- (٣) أخرجه الترمذى ٦٣٤/٤ وابن ماجه ١٤٠٩/٢ . كلاهما من حديث عطية السعدى رضى الله عنه مرفوعا . وقال الترمذى : حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، كما ذكره الغزالي في الإحيا ٨١٥/٥ .
- (٤) جـ : تكونوا .
- (*) (٥) الأوتار : جمع الوتر ، وهو شجرة القوس ومعلقه . اللسان ٢٧٨/٥ . جـ : " شاف " .
- (٦) ليس حديثا مرفوعا ، وذكره الغزالي في الإحيا ٨٠٨/٥ من قول ابن عمر ، ولفظه : " لو صليت حتى تكونوا كالحنايا ، وصمت حتى تكونوا كالآوتار لم يقبل ذلك منكم إلا بورع حاجز " ونسبه الزبيدى في الإتحاف (١٠/٦) إلى القوت أيضا . قال : " الحنايا " جمع حنية وهي القوس . " كالآوتار " أى فسي النخافة والرقّة " إلا بورع حاجز " أى مانع يمنعكم من الوقوع في معاصي الله تعالى .
- (٧) ب : " من لم ينل " وهو تصحيف .
- (٨) أ : " في أي " والتصويب من سائر النسخ .

جهنم أدخله * (١)

وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ملاك دينكم الورع " (٢)

وروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى رجلاً دخل السوق

يتجسس فقال له : هل تعرف أبواب الربا ، فقال : لا ، فدفع إليه فأسا

(١) ذكره الخزالي في الإحياء (٨٠٣/٥) بلفظ : " من لم يبال من أين اكتسب المال ، لم يبال الله من أين أدخله النار " ونسبه العراقي في المغنى (مطبوع في هاشم الإحياء) إلى الديلمي في مسند الفردوس من حديث ابن عمر . قال ابن العربي في عارضة الأحوذى شرح الترمذى : " إنه باطل لم يصح ، ولا يصح " وقال الزبيدي في الإتحاف (٨/٦) : ولفظ القوت : " وفي الخبر : من لم يبال من أين مطعمه ، لم يبال الله من أين أبواب النار أدخله . وقيل : ذلك مكتوب في التوراة " وبعد أن نقل الزبيدي كلام العراقي في تضعيفه قال : " ووقع في نسخ الجامع الكبير للسيوطي بلفظ المصنف " أى الخزالي .

(٢) روى مرفوعاً من عدة طرق ، وعن عدة من الصحابة ، أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه ٧٢٨/٨ ، والحاكم في مستدركه ٩٢/١ وصححه ووافقه الذهبي ، والطبراني في الكبير ٣٨/١١ ، وفي الصغير ٥٠/١ ، وأبو نعيم في الحلية ٢١٢/٢ ، والخطيب في تاريخه ٤٣٦/٤ ، وفي الفقيه والمتفقه ٢١/١ ، وابن عبد البر في جامع بيان العلم ٢٢/١ ، كما أورده ابن الجوزي في علله ٦٧/١ من طرق وضعفها ، والهيثمي في المجمع ١٢٠/١ من طرق وأبان عن عللها ، والسيوطي في الجامع الصغير ٥٠/١ وحسنه ، وأقره المناوى في فيض القدير ٤٣٤/٤ ، واللباني في صحيح الجامع الصغير ٨٦/٤ ، كلهم ببعض الفرق ، وزيادة في أوله : " فضل العلم خير من فضل العبادة " قلت : ولا يخلو طريق من مقال ولكنه يتقوى بمجموع الطرق .

وقال له (١) : إمض فاحتطب . (٢)

فالورع (٣) في الدين مندوب إليه ، ويتوقى الشبه فيه مأسور به / وإذا كان كذلك ، فلا يخلو حال من يعامله (٤) ببيع أو قرض ، ١/١٤٧ أو يقبل منه (٥) هبة أو هدية ، من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون ممن يتوقى الشبه (٦) ، ويعلم أن ماله حلال ، فمعاملة مثله هي المستحقة . (٧)

والثاني : أن يكون ممن يتبع (٨) الحرام ، وقد تعيّن لنا تحريم ماله فمعاملة هذا حرام . والمعقود معه على أعيان ما بيده من هذه الأموال باطلة لا يجوز لأحد أن يتملك عليه شيئاً منها .

والثالث : أن يكون من طالبي (٩) الشبه ، ومكتسبي (١٠) الحرام ، لكن ليس يتعيّن تحريم (١١) ذلك المال ، لاختلاطه بغيره من الحلال ،

(١) له : أثبته من ب ، ج ، وليس في أ ، د .

(٢) لم أقف عليه ، وقد روى عنه أثر آخر في الموضوع نفسه ، ذكره الفخزالي في الإحيا* (٤ / ٧٦١) : أنه كان يطوف السوق ، ويضرب بعض التجار بالدرّة ويقول : " لا يبيع في سوقنا إلا من يفقهه ، وإلا أكل الربا ، شاء أم أبى " .

(٣) ج : " والورع " وبأباه السياق .

(٤) ج : " من يبايعه " وهو تصحيف .

(٥) منه : ساقط من ج .

(٦) ب : الشبهة .

(٧) من ج ، وفي باقي النسخ " المستحبة " .

(٨) ج : يبيع .

(٩) د : من طالبي .

(١٠) ج : ولتمس .

(١١) تحريم : ساقط من ج .

كاليهود الذين في أموالهم الربا ، وأثمان الخمر ، وكقطاع ^(١) الطريق ،
وعمال الضرائب والأعشار ، وكالسلطان الجائر الذي قد يأخذ الأموال من
غير وجهها إلى من ^(٢) جرى هذا المجرى . فتكره معاملتهم ، ^(*) لما
وصفنا ورعا واحتياطاً ، (ولا يحرم ذلك في الحكم ، بل يجوز ^(٤)) ، لما
روى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم اقترض من أبي الشعم ^(٥) اليهودي
أصم من شعير ^(٦) . وقد كان ممن لا يتوقى الربا ، مع ما أخبر الله
تعالى في كتابه ^(٧) عن كافة اليهود بقوله ^(٨) : « سماعون للكذب ، أكالون
للسحت » ^(٩) . ولأنّ الله تعالى ^(١٠) قد أمر بأخذ الجزية من اليهود ،

(*) من ج : في أ : « فيكره » ولم ينقط في ب د .
(١) ج : « وقطاع » .

(٢) أ د : « إلى ما » والتصويب من ب ج .

(٣) د : « معاملته » وهو خطأ .

(٤) وعن مالك : أنّ ما يعة من أكثر ماله حرام باطل كما في الفتح

٢٣١ / ٨ .

(٥) لسم أجده له ترجمة ، ولكن ورد ذكره في مصادر السنة .

(٦) روى من حديث عائشة رضي الله عنها بلفظ « أنّ النبي صلى الله

عليه وسلم اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ، ورهنه درعا

من حديد » أخرجه البخاري ٧٤ / ٣ واللفظ له ، ومسلم ١٢٢٦ / ٣ ،

والترمذي ٥١٩ / ٣ (عن ابن عباس) والنسائي ٢٥٣ / ٧ ، وابن

ماجة ٨١٥ / ٢ كلّهم بدون تسمية اليهودي ووردت تسميته في

مسند الشافعي ١٥٢ / ٦ ، وسنن البيهقي ٣٧ / ٦ ، وفيهما « أنه

رجل من بني ظفر » . (**) ما بين القوسين ساقط من أ د ، وأثبتته من

(٧) في كتابه : أثبتته من ج ، وليس في سائر النسخ .

(٨) ج : بقوله تعالى .

(٩) سورة المائدة ٤٢ . قلت : والسحت هو كل مال حرام لا يحلّ

كسبه ولا أكله كما في المصباح ص ٢٦٧ .

(١٠) تعالى : ليس في د .

ولو حرمت علينا أموالهم لما جاز^(١) لنا^(٢) أن نأخذها في جزيتهم .
ولا أنهم إذا أسلموا أقرّوا على أموالهم ولو حرمت لحرم إقرارهم عليها
بعد إسلامهم ، وقد روى عن عبد الله بن مسعود :^(٣) " أن رجلاً سأله
فقال : إن لي جاراً^(٤) يربى ، أفأكل من ماله ؟ فقال : لك مهنتاه^(*)
وعليه مأثمه^(٥) والله أعلم .

* * *

- (*) من ب ج . في أ د : " مهناً " .
(١) من ج وفي باقي النسخ : ما جاز .
(٢) لنا : ليس في ب ، ج .
(٣) ج : بزيادة " رضي الله عنه " .
(٤) من ب ، ج . وفي أ ، د : " جار " وهو خطأ .
(٥) ذكره عبد الرزاق في المصنف ١٥٠ / ٨ ، والفرالي في الإحياء
٨٦٣ / ٥ ، والبغوي في شرح السنة ١٤ / ٨ كلهم بنحوه عن
سلمان الفارسي ، والحسن البصري وغيرهما .
قال ابن الأثير في النهاية (٢٧٧ / ٥) : كل أمر يأتيك من غير
تعَب فهو هَنِيئٌ ، وكذلك الْمَهْنُ ، والمَهْنُ ، والجمع " المهاني " .
أى : يكون أكلك له هنيئاً لا تؤاخذ به ، ووزره على من كسبه " .

[باب الشروط التي تفسد البيع ^(١)]

قال الشافعي رحمه الله ^(٢) : (وإذا اشترى جارية ^(٣) على أن لا يبيعها ،
أو على أن لا خسارة عليه في ثمنها ^(٤) ، فالبيع فاسد ^(٥) .

إعلم أن الشرط في البيع إما يوثق إذا اقترن بالعقد ، فأما إن تقدّمه
فلا تأثير له ؛ لأنه لا يكون شرطاً ، وإما يكون وعداً وخبراً ^(٦) . والشروط المعترنة
بالعقد على أربعة أقسام ^(٧) :

أحدها : ما كان من مقتضى العقد وواجباته ، كاشتراط تعجيل الثمن ، وسلامة
المبيع ، وضمان الدرك ^(٨) . فهذه الشروط واجبة بالعقد ، واشتراطها تأكيد
فيه ، والعقد لازم بها .

والقسم الثاني : ما كان من مصلحة العقد ومباحاته ، كاشتراط الرهن ،

(١) ب ، ج : " باب الشرط الذي يفسد البيع " م : " باب البيع الفاسد "

(٢) ب ، د : رضى الله عنه .

(٣) ج : بجارية .

(٤) م : من ثمنها .

(٥) انظر : مختصر المزني ٢/٢٠٣

(٦) لأنه : ساقط من ج

(٧) انظر : المجموع ٩/٣٧٤

(٨) المرجع السابق ٩/٣٦٤ وذكر عدم الخلاف في الضربين الأولين كما ذكر

ضرباً خامساً وهو أن يشترطها لا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط أن لا
يأكل إلا الهريسة ، أو لا يلبس إلا الخزّ أو الكتّان ، أو شرط شهودا وعينها ،
فهذه الشروط لا تفسد العقد بل تلغو ويصح البيع على المذهب .

(٩) تقدّم تعريف ضمان الدرك في ص ٤٦٥ هامش ٢

والضمين ، وتأجيل الثمن ، وخيار الثلاث . فهذا وما شاكه لازم بالشرط دون

العقد ؛ لأن إطلاق العقد لا يقتضيه ، واشتراطه في العقد لا ينافيه .

والقسم الثالث : ما كان من موانع العقد ومحظوراته ، وهو كل شرط منوع

المشتري من واجب ، (أو ألزم البائع ما ليس بواجب ، فالذى منع المشتري من

واجب) ^(١) أن يقول : قد بعتك ^(٢) هذه الجارية على أن لا تبيعها ، أو لا

تطأها . أو بعتك هذه الدار على أن لا تسكنها ولا تؤجرها ^(٣) ، / أو بعتك ١٤٧ ب

هذه الدابة على أننى أركبها دونك ^(٤) . أو بعتك هذه الطاشية على أن نتاجها

أولبنيها لى دونك ، أو بعتك هذه الأرض على أننى أزرعها سنة .

وأما الذى ألزم البائع ما ليس بواجب ، فهو أن يقول : قد بعتك هذه

الجارية على أن لا خسارة عليك فى ثمنها ، أو على أننى ^(٥) ضامن لك مائة درهم

من ربحها ، أو بعتك هذه النخلة على أننى ^(٥) كفيل بمائة وسق من ثمرها ،

أو بعتك هذه الأرض على أننى قيم بعمارتها وزراعتها ، فهذان الضريان وما

شاكلهما من الشروط باطلة ، والعقد باشتراطها فيه باطل . وبه قال جمهور

الفقهاء ^(٦) .

وفذهب ابن سيرين ، وحاتم بن أبى سليمان ^(٧) : إلى أنها شروط لازمة ،

والعقد معها ثابت .

(١) ما بين القوسين ساقط من ج

(٢) ج : " بعتك " بدون قد

(٣) ج : أو لا تؤجرها

(٤) جاء فى المجموع ٣٦٩ / ٩ : " إذا باع دارا واشترط البائع لنفسه سكناها ،

أو دابة واستثنى ظهرها ، فان لم يبين المدة المستثناة ويعلم قدرها ،

فالبيع باطل بلا خلاف ، وان بيناها فطريقان ، أصحهما : فساد البيع .

والثانى : فيه وجهان ، أصحهما : البطلان " .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج

(٦) انظر : بداية المجتهد ١٣٣ / ٢ ، والمجموع ٣٧٦ / ٩ وفيه : " وبه قال ابن عمر

وعكرمة ، والأوزاعى ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وجماهير العلماء " ، ورحمة الأئمة ص ١٣٤

(٧) وبه قال ابن شبرمة أيضا . انظر المراجع السابقة .

وذهب الحسن البصري ، وابن أبي ليلى ، والنخعي ، وأبو ثور : ^(١) إلى صحة البيع ^(٢) ، وبطلان الشرط .
 وقال إسحاق بن راهويه ^(٣) : إن كان شرطا واحدا صح العقد ، ولمزم ^(٤) الشرط ، وإن كان أكثر من شرط بطل البيع والشرط ^(٥) .
 وقال مالك ^(٦) : إن شرط البائع من منافع المبيع يسيرا كسكنى يوم ، أو يومين ، أو ثلاثة ، صح البيع والشرط ، وإن كثر بطل البيع والشرط .
 واستدل من أجاز البيع « والشرط بحديث ^(٧) جابر ^(٨) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ابتاع منه بعيرا بأربعة دنانير ، وقال : لك ظهره حتى تأتي المدينة ^(٩) .

- (١) وبه قال ابن المنذر أيضا كما في المجموع ٣٧٦/٩ .
 (٢) ج : " المبيع " وهو تصحيف .
 (٣) وبه قال الإمام أحمد أيضا مستدلاً بحديث : " لا يحل سلف ومبيع ، ولا شرطان في بيع " انظر : المغنى لابن قدامة ١٦٩/٤ .
 وقد ردّ النووي في المجموع (٣٧٢/٩) على هذا الاستدلال فقال : " إن هذا مفهوم اللقب ، والصحيح الذي عليه الأكثر أن لا يدل على نفسى الحكم عما عداه ، فلا يلزم النهى عن بيع وشرطين جواز شرط واحد " .
 (٤) ج : ولزمه .
 (٥) ج : المبيع والشرطان .
 (٦) انظر : المدونة ٢٢٠/٤ ، والبداية ١٣٤/٢ ، والقوانين ص ٢٨٥ ، ورحمة الأمة ص ١٣٤ . قلت : وقع من المؤلف سهو في التمثيل لمذهب مالك ، فقد جاء في المدونة قول مالك : " يجوز اشتراط سكنى السدار لمدة سنة ؛ لأنها مدة قريبة ، وكره ما تباعد من ذلك " ، كما يمكننا القول بأن الطوردي ذكر هذا المثال على حسب عرف بلاده ، فإن العرف يختلف في ذلك .
 (٧) كما استدّلوا أيضا بحديث " المسلمون على شروطهم " وأجاب عنه النووي بأنه عام مخصوص ، والمراد به الشروط الجائزة . انظر : المجموع ٣٧٦/٩ .
 (٨) د : جابر رضى الله عنه .
 (٩) تقدّم تخريجه في ص : ٨٤

قالوا : ولا يجوز أن يشترط النبي صلى الله عليه وسلم في عقده^(١) شرطاً فاسداً
فدّل على صحة البيع والشرط .

واستدل من أجاز البيع^(٢) * وأبطل الشرط بحديث بريرة^(٣) أن عائشة^(٤)
لما أرادت شراءها ، امتنع^(٥) موليها إلا أن يشترط لهم الولاء^(٦) ، فقال النبي
صلى الله عليه وسلم : * اشترى واشترطى لهم الولاء^(٦) ، فان الولاء لمن أعتق^(٧) ،
فاشترتها ، فأبطل^(٨) النبي صلى الله عليه وسلم الشرط وأخى البيع^(٨) ، وقال :
* ما بال أقوام بشرطون شروطاً ليست في كتاب الله . كل شرط ليس في كتاب الله
فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، وانما الولاء لمن أعتق^(٩) .

والدليل على بطلان البيع والشرط ما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع وشرط^(١٠) . وظاهر^(١١) هذا النهي يقتضي فساد المنهي عنه . ولأن هذه

(١) في عقده : أثبتته من ب ، وليس في باقي النسخ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) بريرة مولاة عائشة ، صحابية ، مشهورة ، عاشت إلى زمن يزيد بن معاوية .

انظر ترجمتها في : أسد الغابة ٣٩/٧ ، والاصابة ٢٥١/٤ ، والتقريب

ص ٤٦٦ .

(٤) ج : * عائشة رضى الله عنهما ، ، د : * عائشة رضى الله عنها ، ،

(٥) ب ، ج : منع .

(٦) ج : * بأن تشترط ، ، د : * أن تشترط ، ،

(٧) ج : وأبطل .

(٨) ج : * المبيع "وهو تصحيف .

(٩) أخرجه البخاري ٩٥/٣ ، ومسلم ١١٤٢/٢ ، وأبو داود ٢١/٤ ،

والنسائي ٢٦٤/٧ ، والترمذي ٥٥٧/٣ ، وابن ماجه ٨٤٢/٢ ، قلت :

ذكر المؤلف الحديث هنا مختصراً ، ويذكره بكامله في ص : (١٠٨٣) .

(١٠) انظر تخريجه في ص : ١٠٨٢ . هامش : ٧

(١١) ظاهر : ساقط من ج .

الشروط ^(١) لا تخلو إماماً ^(٢) أن تكون على البائع أو على المشتري فإن كانت ^(٣) على البائع ، فقد منعت ^(٤) من استقرار ملكه على الثمن ^(٥) وأدت إلى جهالة فيه . وإن كانت على المشتري منعت من تمام ملكه على المبيع ^(٦) ، وأضعفت تصرفه فيه ، فبطل العقد بكل واحد منهما .

فأما استدلال من أجاز البيع والشرط بحديث جابر فعنه جوابان :

أحدهما : أنه شرط بعد صحة العقد . / والثاني : لم يكن ذلك مع جابر ١٤٨/أ بيعا مقصودا ؛ لرواية سالم بن أبي الجعد ^(٧) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه الثمن ^(٨) ، ورد عليه الجمل ، وقال : « أتراني إنما ^(٩) ما كستك ^(١٠) لاخذ جملك . خذ جملك ^(١١) وداهمك ، فهما لك ، » ^(١٢) فدل أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد منفعته لا مبايعته ^(١٣) .

(١) د : شروط

(٢) إماماً : ليس في ج . وفي ب بدله « من » ،

(٣) د : « كان » وهو خطأ .

(٤) د : « منعه » وهو خطأ .

(٥) ج : « اليمين » وهو تصحيف .

(٦) ب : « ملكه المبيع » ج : « للمبيع »

(٧) هو سالم بن أبي الجعد رافع ، الفطفاني ، الأشجعي مولا هم ، الكوفي ،

ثقة ، وكان يرسل كثيرا ، مات سنة ١٨٢ هـ ، وقيل بعدها . أنظر ترجمته

في : الجرح ١٨١/٢ ، والتهذيب ٤٣٢/٣ ، والكشاف ٣٤٣/١ ،

والتقريب ص ١١٤ .

(٨) ج : « اليمين » ، وهو تصحيف

(٩) د : بدون « إنما » ،

(١٠) ج : « كستك » أي بسقوط الحرفين الأولين .

(١١) خذ جملك : ساقط من ج

(١٢) قلت : هذه الزيادة وردت في رواية عامر الشعبي ، لا في رواية سالم ، اتضح

لي ذلك من مصادره تخريجه التي تقدمت في ص : ٨٤

(١٣) وإضافة إلى ذلك فإنها قضيتان لا عموم لهما ، فلا دلالة فيها ، مع أن الحديث

فيما اضطراب ، انظر : المجموع ٣٧٧/٩ .

وَأَمَّا استدلال من أجاز البيع وأبطل الشرط بحديث بريرة ، فإن هشام
ابن عروة^(١) هو الذي اختص بقوله : " واشترطى لهم الولاء " . (ولم ينقل^(٢)
ذلك غيره . على أن قوله : " واشترطى لهم الولاء " :^(٣) أى : " عليهم " كما
قال تعالى^(٤) : ((أولئك لهم اللعنة^(٥))) بمعنى^(٦) " عليهم " . وقيل :
إن الشرط إنما كان فى المعتق لا فى البيع ، على أنه عليه السلام^(٧) أراد بهذا
الشرط إبطال اشتراط الولاء لغير المعتق ؛ ليتقرر الشرط عليه وإن كان مشروطاً ،
فكان حكمه مخصوصاً .

وأما ما ذهب إليه إسحاق من إجازة شرط واحد (وبطلان أكثر منه فلا
وجه له ؛ لأنه إن جرى مجرى الشروط الجائزة ، فينبغى أن يحوز ، وإن كان
مائة شرط .)^(٨) وإن كان فاسداً فينبغى أن يبطل ، وإن كان شرطاً واحداً .
وكذا القول لمالك .

والقسم الرابع : ما كان مختلفاً فيه^(١٠) ، وهو بيع العبيد والإماء

(١) هو التابعى المشهور ، أبو المنذر هشام بن عروة بن الزبير بن العوام ،
القرشى ، الأسدى ، المدنى ، أحد الفقهاء السبعة . توفى ببغداد
سنة ١٤٥ هـ أو بعدها ، وله ٨٧ سنة . انظر : الجرح ٦٣/٩ ،
وتهذيب الأسماء ١٣٨/٢ ، والتقريب ص ٣٦٤ .

(٢) د : ولم يقل .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ج

(٤) د : قال الله تعالى .

(٥) سورة الرعد : ٢٥

(٦) ج : أى بمعنى .

(٧) ج : صلى الله عليه وسلم .

(٨) د : ليتقرر .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ج

(١٠) من ب ، ج ، وفى أ : " ما كان يختلف فيه " د : " ما يختلف فيه " وهو

تصحيـف .

بشرط العتق ، ففي صحة البيع والشرط ثلاثة أقاويل :^(١)

أحدها : أن الشرط باطل ، والبيع باطل ، وبه قال أبو حنيفة وصاحبا^(٢) . إلا أن أبا حنيفة قال : " إن أعتقه نفذ عتقه " بناءً على أصله أن المقبوض عن بيع فاسد ينفذ فيه العتق ، لكن يضمنه في هذا الموضع بالثمن . وقال صاحباه : يضمنه بالقيمة^(٤) .

وعند الشافعي أن عتقه لا ينفذ فيه ؛ لزوال ملكه عنه .^(٥)

ووجه هذا القول في بطلان الشرط والبيع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه ، عن جده : ((أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط))^(٧) فكان على

(١) انظر : الفتح ٢٠٠/٨ ، والروضة ٤٠١/٣ ، والمجموع ٣٦٤/٩ ، وفيه : ((وإذا صححناه فصورته إذا شرط أن يعتقه المشتري عن نفسه ، أو أطلق اشتراط عتقه . أمّا إذا باعه بشرط أن يعتقه المشتري عن البائع ، فالبيع باطل قطعاً)) ، والمنهاج مع المغني ٣٣/٢ ، وشرح المحلى ١٧٩/٢ .

(٢) انظر : البدائع ٣٠٧٤/٧ ، وفيها : ((فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه جائز)) ، والهداية مع الفتح ٤٤١/٦ ، والكنز مع التبيين ٥٧/٤ .

(٣) نفذ عتقه : ساقط من ج .

(٤) ب ، ج : يضمن

(٥) قلت : المشتري لا يملك المبيع في البيع الفاسد لدى الشافعي ، فلا يصح تصرفه فيه . فقول المؤلف ((لزوال ملكه عنه)) غير دقيق .

(٦) ج : أن رسول الله

(٧) أخرجه ابن حزم في المحلى ٤١٥/٨ ، والخطابي في المعالم ١٤٥/٥ ، والطبراني في الأوسط ، والحاكم في حرفة علوم الحديث ص ١٢٨ ، ومن طريق الحاكم ذكره عبد الحق في ((أحكامه)) وسكت عنه . قال ابن القطان : ((علته ضعف أبي حنيفة في الحديث)) .

راجع : نصب الراية ١٧/٤ ، والتلخيص الحبير ١٢/٣ .

عمومه . ولأنّ مشترى العبد على الإطلاق مخير بين أن يعتق وبين أن لا يعتق ،
فلما كان لو^(١) اشتراه بشرط أن لا يعتقه بطل البيع ؛ لإيقاع الحجر عليه
بالشرط ، وجب^(٢) إذا اشتراه بشرط أن يعتقه أن يبطل به البيع ؛ لإيقاع
الحجر عليه بالشرط .

وتحرير هذا الاستدلال قياساً : أنه شرط منع كمال التصرف ، فوجب
أن يبطل البيع ، كما لو شرط أن لا يعتقه . ولأنه لو ابتاعه بشرط الكتابة
والتدبير فسد البيع ، وكذا لو ابتاع داراً بشرط الوقف بطل البيع ، وجب^(٣) إذا
ابتاعه بشرط العتق أن يكون مثله في الحكم .

والقول الثاني : أنّ البيع صحيح ، والشرط صحيح^(٤) . ووجهه^(٥)
رواية هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة^(٦) أنها قالت : ((كانت
بريرة على نفسها بتسع أواق* ، في كلّ سنة أوقية ، / فجاءت إلى^(٧) عائشة^(٨)
تستعينها^(٩) ، فقالت : لا ، ولكن إن شئت عدت لهم ما لهم عدّة واحدة ،
ويكون الولاء لى . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فذكرت ذلك لهم ، فأبوا

٤٨ ب

(١) ج : فلما كان له إذا

(٢) ج : " فالشرط واجب " وهو تصحيف

(٣) ب : فوجب

(٤) وبه قال مالك ، وأحمد في أصح الروايتين عنه وهو الصحيح المشهور
الذى نصّ عليه الشافعى في معظم كتبه ، وبه قطع أكثر أصحابه . انظر

الفتح ٢٠٠ / ٨ ، والمجموع ٣٦٤ / ٩ .

(٥) ج : " ووجهه " بسقوط الهمزة الثانية .

(٦) ج : عائشة رضی الله عنها

(٧) أنها : ليس في ب * الأواقى : جمع " الأوقية " وهى أربعون درهما .

انظر المصباح ص ٦٦٩ .

(٨) إلى : ليس في ج

(٩) تستعينها : ليس في د

عليها إلا أن يكون الولاء لهم^(١) ، فجاءت إلى عائشة فسأرتها بما قالت لهم^(٢) ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « وما ذاك ؟ » فأخبرته عائشة^(٣) ، فقال لها : « ابتاعها ، وأعتقها ، واشترطى لهم الولاء » ، فان الولاء لمن أعتق . « فاشترتها وأعتقتها^(٤) ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر^(٥) ، فخطب وقال : ((ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى^(٦) ، تعلموا أن من شرط شرطنا ليس في كتاب الله تعالى ، فان الشرط باطل ، وان كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرطه^(٧) أوثق ، ما بال رجال منكم يقولون : أعتق فلان ، والولاء لنا^(٨) ، إنما الولاء لمن أعتق .))^(٩)

فوضع الدلالة منه^(١٠) أن ابتاع بريرة كان بشرط العتق ، بدليل اشتراط الولاء . فصَحَّ النبي صلى الله عليه وسلم البيع مع اشتراطه ، وأبطل أن يكون الولاء إلا^(١١) لمعتقه .

ولأنه لما كان لو قال له : ((أعتق عبدك عنى بألف)) صح البيع ، ونفذ

(١) د : أن يكون لهم الولاء .

(٢) ب : ((فسألتها)) ، ج : ((تسلمه فقالت)) وكلاهما تصحيف

(٣) ج : عائشة رضى الله عنها .

(٤) من د . وفى أ . وأعتقها ، خطأ . ب ، ج . فأعتقتها .

(٥) المنبر : أثبتته من ج ، وليس فى باقى النسخ .

(٦) تعالى : ليس فى ب ، ج .

(٧) ج : وشروطه

(٨) ب : له

(٩) تقدّم تخريجُه فى ص : ١٠٧٩ ، هامش ٩

(١٠) منه : ساقط من د

(١١) إلا : أثبتته من ج ، ولا يوجد فى باقى النسخ

العتق ^(١) ، وإن لم يستقرّ للبازل على العبد ملك ^(٢) ، فما استقرّ بالعقد ملكه ، وشرط عليه عتقه أولى أن يصحّ .

ولأنّ استحداث الملك لا يمنع من استحقاق العتق ألا ترى أنه لو اشترى أباه ، صحّ بيعه ، ونفذ عتقه ، فوجب إذا لم ينافه ^(٣) أن يصحّ اشتراطه فيه . ولأنّ للعتق ^(٤) فضل مزية ^(٥) على غيره من الشروط ؛ لأنه ينفذ فى الملك ، ويسرى إلى غير الملك ، ويقع باختيار ، وغير اختيار فيمن اشترى والداً أو ولداً ، فوجب أن يكون له فضل مزية ^(٥) على غيره من الشروط فى صحّة العقد به ، وإن بطل بغيره .

وليس لأعتبار اشتراط العتق بأن ^(٦) لا يعتق وجه ؛ لما ذكرنا من فضل مزية العتق على غيره . ولا لأعتباره بالكتابة ؛ لأنّ الكتابة ^(٧) معاوضة ^(٨) تشبه اشتراط بيعه ، ولا تشبه اشتراط عتقه .

والقول الثالث : أن الشرط باطل ، والبيع جائز ^(٩) . وبه قال أبو ثور ^(١٠) . وحكى هذا ^(١١) القول عن الشافعى . وليس يعرف له ، ولا يحفظ عنه إلّا من جهة أبى ثور ^(١٢) . ووجهه ضعيف ؛ لأنّ الشرط الفاسد

- (١) انظر : التنبيه ص ٩٧
- (٢) ج : ((مال)) وهو تصحيف .
- (٣) من ج . وفى باقى النسخ : ((لم ينافيه)) وهو خطأ
- (٤) ج : ((للعتق)) وهو تصحيف
- (٥) ج : ((فضل من يديه)) فى الموضعين ، وهو تصحيف .
- (٦) ج : أن
- (٧) لأن الكتابة : ساقطة من د
- (٨) ج : ((معاوضة)) وهو تصحيف
- (٩) قال الإمام الفزالى : « إنه القياس » ، كما فى الوجيز ١ / ١٣٨
- (١٠) ونسبه النووى إلى ابن أبى ليلى أيضا . انظر : المجموع ٩ / ٣٦٦
- (١١) ب : « وهو القائل لهذا » ج : « وهو الناقل لهذا »
- (١٢) انظر : الفتح ٨ / ٢٠٠
- (١٣) د : ((وجهه)) بسقوط إحدى الواوين

لا يصحّ معه البيع في موضع بحال . ولو ^(١) جاز أن يكون مذهباً ، ففعل ^(٢) من دليل قائله حديث بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم ما أبطل ^(٣) بيعها باشتراط المعتق ، ولا ألزم عائشة عتقها ، وإنما ^(٤) أعتقت باختيارها .

فإذا تقرّر توجيه هذه الأقاويل ، فإن قلنا بالقول الأول إنّ البيع والشرط باطلان ، فلا تغريب عليه . وإن قلنا بالقول الثاني إنّ البيع والشرط صحيحان ، فقد استحقّ عليه عتقه / بالشرط ، فإذا أعتقه ^(٥) فقد فعل ما لزمه ، ^{١٤٩/أ} ويكون ولاؤه ^(٦) له ؛ لأنه هو المعتق له . وإن لم يعتقه فهل ^(٧) يجبر على عتقه أم لا ؟ على وجهين ^(٨) :

أحدهما : يجبر على عتقه ؛ لاستحقاقه عليه بالشرط . وهذا قول أبي سعيد الإصطخري ، فعلى هذا لو جنى العبد قبل عتقه لم يجز بيعه في جنائته ، وأخذ المشتري بفديته ؛ لأنّ استحقاق عتقه بسبب ^(٩) من جهته فجرى مجرى أمّ ولده .

(١) ب : ((فان)) ج : ((فلتن))

(٢) ب : ((فعلل)) وهو تصحيف

(٣) د : ((أبطل)) بسقوط حرف النفي

(٤) ج : فانما

(٥) ب ، ج : فان أعتقه

(٦) ب : الولا

(٧) ج : ((وهل)) وبأياه السياق

(٨) انظر : المهدّب ٢٧٥/١ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٢٠١/٨ وفيه :

" فيه وجهان ، وقيل : قولان ، أصحهما عند المصنّف - أي الفزائلي -

أنه يجبر عليه " ، والروضة ٤٠٣/٣ ، والمجموع ٣٦٥/٩ .

(٩) ج : ((سب)) بسقوط الباء

والثاني : لا يجبر عليه ، لاستقرار ملكه عليه . فعلى هذا يكون لبائعه الخيار في فسخ البيع ؛ لأجل شرطه .

فلو تسلمه ^(١) المشتري فلم يعتقه - على الوجهين معا - حتى مات في يده ، كان في قدر ما يضمنه ^(٢) المشتري به ثلاثة أوجه لأصحابنا ^(٣) :

أحدها : أنه يضمنه بالثمن ^(٤) (لأنه مقبوض عن بيع صحيح .

والوجه الثاني : أنه يضمنه بالثمن ^(٤) ، وبالقدر الذي سمح به

البائع حين شرط عتقه ^(٥) ؛ لأن ما في مقابلة الساحة من العتق لم يوجد .

والوجه الثالث : أنه يضمن بالقيمة دون الثمن ، ويكون موته قبل

العتق مبطلا لبيعه ، لفوات الشرط فيه .

وان قيل بالقول الثالث الذي حكاه أبو ثور إن البيع صحيح والشرط

باطل ، فعتقه غير مستحق على شتره ؛ لفساد اشتراطه . ويكون مخيرا بين

عتقه وامساكه . فان أعتقه نفذ عتقه ، ولا يقال ^(٦) لبائعه . وان ^(٧) أعتقه المشتري

عن كفاة واجبة ، فهل يجزيه أم لا ؟ على وجهين ^(٨) :

(١) ج : فلو تسلم

(٢) ج ، د : ما تضمنه

(٣) وفي المسألة وجه رابع لم يذكره المؤلف ولكن ذكره النووي في المجموع ، وهو

أن للبائع الخيار إن شاء أجاز العقد ولا شيء له غير المستى ، وإن شاء

فسخه ورد الثمن ورجع بقيمة العبد . قال : وأصحهما : أنه ليس على

المشتري إلا الثمن المستى ؛ لأنه لم يلتزم غيره . انظر : المجموع ٣٦٥/٩ -

٩٦٦ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د

(٥) وطريقته أن يقوم العبد من غير شرط العتق ، ثم يقوم مع شرط العتق ،

ويجب ما بينهما من الثمن . انظر : المهذب ٢٧٥/١

(٦) ج : ((ولا مضار)) وهو تصحيف

(٧) ب : فان

(٨) انظر : الفتح ٢٠٢/٨ ، والروضة ٤٠٣/٣ ، والمجموع ٣٦٥/٩

أصحهما : يجزيه ؛ لأنه قد كان مالكا له ، ومخيرا في عتقه .
والثاني : لا يجزيه ؛ لأنّ هذا الشرط ^(١) موكد في ثمنه ، فكان كنقص ^(٢) به .
وان امتنع المشتري من عتقه ، فهل للبائع خيار في ^(٣) فسخ البيع على
المشتري أم لا ؟ على وجهين : ^(٤)

أحدهما : - وهو قول البغداديين - لا خيار له ؛ لفساد الشرط .
والوجه الثاني : - وهو قول البصريين - له الخيار ؛ لأنّ فساد الشرط
يمنع من لزومه ، ولا يمنع من استحقاق الخيار به . كما لو شرط في البيع ^(٥)
رهننا لم يلزم ، وأوجب خيار البائع ^(٦) والله أعلم .

مسألة -

قال الشافعي ^(٧) : ((ولو قبضها فأعتقها ، لم يجز عتقها)) ^(٨) .
وهذا كما قال . إذا اشترى شيئا فاسدا ، إمّا لجهالته ، أو لفساد ^(٩)
شرطه ، وإمّا لتحريم ثمنه ، لم يستحق قبضه . فان قبضه لم يملكه بالقبض .
وان ^(١٠) تصرف فيه بعد القبض ببيع ، أو هبه ، أو عتق ، كان باطلا

(١) د : ((شراء)) وهو تصحيف

(٢) د : فكان النقص

(٣) في : ساقط من أ ، د ، وأثبتته من ب ، ج

(٤) أنظر : الفتح ٢٠١ / ٨

(٥) د : البيع

(٦) في ج : ((رهننا لم يكن يوجب خيارا للبائع)) وهو خطأ

(٧) د : الشافعي رضي الله عنه

(٨) أنظر : مختصر المزني ٢٠٣ / ٢

(٩) ب ، ج : إمّا لجهالة ثمنه وإمّا لفساد

(١٠) ب : فان

مردودا (١) .

وقال أبو حنيفة (٢) : المقبوض عن عقد فاسد (٣) قد ملكه ملكاً ضعيفاً . فإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو عتق ، قوى ملكه ، ونفذ تصرفه ، إلا أن يكون فساد العقد لأن ثمنه (٤) مما لا يتمل بحال كالميتة والدم / فإنه لا يملك بالقبض .

ب/١٤٩

واستدل بحديث بريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة أن تشتريها على الشرط الفاسد ، ثم أمضى عتقها ، وأنفذ تصرفها . قال : ولأنه مضمون عليه بعقد وجد فيه التسليط ، فوجب أن ينفذ فيه تصرفه كالمقبوض عن عقد صحيح (٥) . ولأن عقد النكاح (٦) موضوع لملك البضع ، كما أن عقد البيع موضوع لملك الرقبة ، فلما تعلّق بالوطء في النكاح الفاسد أحكام (٧) الوطء في النكاح الصحيح ، وجب أن يتعلّق بالقبض في البيع الفاسد أحكام القبض في البيع الصحيح .

قالوا : ولأن عقد الكتابة يوجب إزالة ملك السيد ، كما أن عقد البيع يوجب إزالة ملك البائع ، فلما استوى حكم الكتابة الصحيحة والكتابة الفاسدة في حصول العتق فيها (٨) ، وزوال الملك بها ، وجب أن يكون (٩) حكم البيع الصحيح

- (١) انظر : المهدّب ٢٧٥/١ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٢١٢/٨ وفيه : ((وبه قال أحمد ومالك)) ، والروضة ٤٠٨/٣ ، والمجموع ٣٦٩/٩ .
- (٢) انظر : البدائع ٣٣٧٧/٧ ، والهداية مع الفتح ٤٥٩/٦ ، والتبيين ٦١/٤
- (٣) ج : ((عن عتق)) وهو تصحيف
- (٤) ج : ثمنها .
- (٥) د : شراء صحيح
- (٦) ج : العقد في النكاح
- (٧) د : ((وأحكام)) خطأ
- (٨) ج : فيها
- (٩) هـ ، ج : أن يستوى

والبيع الفاسد في نفوذ التصرف وزوال الملك سواء ^(١) . وهذا خطأ .
 ودليلنا : قوله تعالى ((الذين يأكلون الربا ، لا يقومون إلا كما يقوم
 الذي يتخبطه الشيطان من المس)) ^(٢) . فلو كان المقبوض بالعقود الفاسدة
 المحرمة يصير ^(٣) ملوكا ، ما استحق الوعيد ^(٤) بأكله . فلما توجه الوعيد
 إليه ، دل على أنه لم يصير ^(٥) بالتصرف من ملكه ^(٦) . ولأنه مقبوض عن بيع
 فاسد ، فوجب أن لا ينفذ تصرفه فيه ، أصله إذا ابتاعه بمئة أودم . ولأن كل
 ما لا يحصل الملك به إذا عقد بمئة أودم ، لم يحصل الملك به إذا عقد بخنزير
 أو خمر ، كالذي لم يقبض . ولأن ^(٧) كل أصل لزم رده عليه ^(٨) بنعائه ^(٩) المنفصل
 عنه ، لم يكن ملكا لمن لزمه رده كالفصب ، والمقبوض ^(١٠) على وجه السوم .
 ولأن كل قبض أوجب ضمان القيمة ، لم يحصل به الملك . أصله إذا قبض ^(١١)
 عن بيع فاسد بشرط الخيار ، فان شرط الخيار عنده يمنع من حصول الملك في
 الصحيح والفاسد معا . ولأن البيع يملك بالعقد ، والهبة تملك بالمقبض ،
 فلما لم ينتقل الملك بالهبة عن القبض إلى العقد ، لم ينتقل الملك بالبيع عن

-
- (١) سواء : ليس في ب ، ج
 (٢) سورة البقرة : ٢٧٥
 (٣) ج : يكون
 (٤) ج : الوعيد عليه
 (٥) ج : ((لم يضر)) وهو خطأ
 (٦) ج ، د : في ملكه
 (٧) ج : ((لأن)) بدون الواو ، وهو خطأ
 (٨) عليه : ليس في ب
 (٩) د : ((ضمانه)) وهو تصحيف
 (١٠) ج : ((المقبوض)) بسقوط الواو
 (١١) ب ، ج : أقبضه

العقد الى القبض . ولأنّ ملك ^(١) ما قبض عن بيع فاسد لا يخلو من أن يكون بالعقد أو بالقبض ، أو بهما جميعا ، فلم يجرأ أن يكون بالعقد وحده ؛ لأنه لو لم يتعقبه القبض لم يحصل به الملك ، ولم يجرأ أن يكون (بالقبض وحده ؛ لأنه لو لم يتقدّمه العقد ، لم يحصل به الملك ، ولم يجرأ أن يكون) ^(٢) بالعقد والقبض معا ، لأمرين :

أحدهما : أنه مخالف لموضع البيوع التي ^(٣) ينتقل الملك فيها ^(٤) بنفس العقد .

والثاني : أنّ للبائع بعد وجود العقد والقبض استرجاعه من المشتري ، ومطالبته بمهر المثل / إن وطى* الجارية المقبوضة بالعقد الفاسد . ولو ملك ^(٥) لم يجرأ انتزاع ملكه من يده ولا مطالبته بمهر ^(٦) في وطى* ملكه ، فدلّ على انتفاء ^(٧) الملك عنه ^(٨) في الأحوال .

وأما ^(٩) الجواب عن استدلالهم بحديث بريرة فهو أنّ عقد ابتياعها كان صحيحا ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة ^(١٠) فيه ، ولا يجوز أن يأذن في عقد فاسد ، فكان عتق عائشة صادف ملكا عن عقد صحيح .

(١) ج : ((ولأن كل ملك)) ويأباه السياق

(٢) ط بين القوسين ساقط من ج ، د

(٣) ج : ((الشرع الذي)) د : ((البيوع الذي)) وكلاهما خطأ

(٤) ج : ((فيه))

(٥) ب : ملكه

(٦) د : بمهر المثل

(٧) من ب . وفي باقي النسخ ((انتقال)) وهو خطأ

(٨) عنه : ليس في ج

(٩) ج : فأما

(١٠) ج : لعائشة رضي الله عنها

وأما قياسهم على العقد الصحيح فمنتقض بالعقد إذا كان الثمن فيـــــــــــــــــه
ميتة ^(١) أو ما ^(٢) . على أنّ المعنى في الصحيح أنه مضمون بالثمن فصَحَّ
المك به ، وليس كذلك الفاسد .

وأما استدلالهم بعقد النكاح فهو حجة عليهم ؛ لأنّ ما يملك بالنكاح
الصحيح من الطلاق والخلع والظهار ، ينتفى عن النكاح الفاسد . فكذا البيع .
وأما لحوق النسب ^(٣) ، ووجوب العدة ، فهو من أحكام الوطء ، وليس مما يملك
بالعقد .

وأما استدلالهم بالكتابة فالجواب عنه أنّ الكتابة الفاسدة إذا بطل حكم
العقد فيها ، بقى ^(٤) العتق بالصفة ، فكان العتق بوجود الصفة ، لا بالكتابة
الفاسدة ^(٥) . وليس كذلك البيع .

- فصل -

فإذا ثبت أنّ البيع الفاسد لا يملك به ولا بالقبض والتصرّف ^(٦) ، فلو كان البيع
دارا ، فبنى المشتري فيها بناء ، أو كانت أرضا ، فغرس فيها غرسا ، لم يكن
للbauer قلع بنائه . وقيل له ^(٧) : إمّا أن تعطيه قيمة بنائه ^(٨) وغرسه
قائما ، أو تقلعه وتعطيه ما نقص من قيمته ^(٩) .

- (١) ميتة : ساقطة من د
(٢) أ : ((د م)) والتصويب من باقى النسخ
(٣) ب : وأما الجواب عن لحوق النسب
(٤) د : ((نفى)) وهو خطأ
(٥) ولهذا لو مات السيّد بطلت الصفة ولم يعتق بالأداء إلى الوارث . انظر:

المجموع ٣٧٨ / ٩

- (٦) ج : ((والصرف)) تصحيف
(٧) له : أثبتته من ب ، ج . وليس فى أ ، د
(٨) ب : بنيانه
(٩) ويقول الشافعى قال مالك ، وأحمد ، كما فى رحمة الأمة ص ١٣٤

وقال أبو حنيفة ^(١) : ليس للبائع استرجاع الدار ، يأخذ قيمتها من المشتري .

وقال أبو يوسف ومحمد ^(٢) : ينقض البناء ، وترد الدار على بائعها ، والله أعلم ^(٤) .

- مسألة -

قال الشافعي ^(٥) : (وان أولدها * ، ردت إلى ربها ، وكان عليه مهر مثلها ، وقيمة ولده يوم خرج منها ، مات ^(٦) الولد قبل الحكم أو بعده فسواء ^(٧)) (٨)

(١) انظر : البدائع ٣٣٨٩/٧ ، والهداية مع الفتح ٤٠٧/٦ ، والتبيين ٦٥/٤
(٢) المراجع السابقة ، وجاء في البدائع : ((وجه قولها : أن هذا القبض معتبر بقبض الغصب ، ثم هناك ينقض البناء فكذا ههنا . ولأن البناء ينقض بحق الشفيع بالإجماع ، وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقضاء ، والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا ، فلما نقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى .

وجه قول أبي حنيفة : أنه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو إما أن يسترده مع البناء أو بدون البناء . لا سبيل إلى الثاني ؛ لأنه لا يمكن ، ولا سبيل إلى الأول ؛ لأن البناء من المشتري تصرف حصل بتسليط البائع ، وأنه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة وفحوز ذلك بخلاف الغصب والشفعة ؛ لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء ، وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة .

(٣) أ : ((ويرد)) والتصويب من ج ؛ د

(٤) والله أعلم : ليس في ج

(٥) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه * أولد الجارية واستولدها : أحبلها ، كما في المصباح ص ٦٧١

(٦) م : فان مات

{ ٧ } مختصر المزني ٣٠٣/٢ . وراجع في المسألة : المهذب ٢٧٦/٩ ، والتنبيه

ص ٦٤ ، والفتح ٢١٢/٨ ، والروضة ٤٠٨/٣ ، والمجموع ٣٧٠/٩ ،

والحلية للرويانى ١/٧٧

وهذا صحيح . إذا ابتاع جارية بيعا فاسدا ، وقبضها ^(١) فقد ذكرنا أنه لا يملكها بالقبض ، فإن ^(٢) وطئها لم يحد ^(٣) ؛ لأنه وطء شبهة . وتعلق ^(٤) بوطئه إذا ردّها خمسة أحكام يختصّ بها ربما اجتمعت ، وربما تفرقت ^(٥) . وهي : مهر المثل ، وأرث البكارة ، وأرث نقصها بالولادة ، وأجرة مثلها مدّة كونها عنده ، وقيمة ولدّها منه .

فأما الأوّل ، وهو مهر المثل ، فإنما وجب عليه ؛ لأنه وطء سقط فيه الحدّ عنها ، فأوجب المهر لها ، كالوطء ^(٦) في النكاح الفاسد .

وأما أرث البكارة فإنما وجب عليه ؛ لأنه إتلاف من جهته ، فكان الأرش في مقابلته . ولا يكون / وجوب مهر مثلها بكرا يفنى عن وجوب أرث البكارة ؛ لأنّ المهر في مقابلة الاستمتاع ، والأرش في مقابلة الاستهلاك . فلما اختلف سببهما ^(٧) لم يعتنع ^(٨) وجوبهما .

فان قيل : أليس لو وطئ بكرا حرّة ، لزمه مهر مثلها بكرا ، ولا يلزمه أرث بكارتها ، فهلا كانت الأمة كذلك ؟

قيل : لأنّ الأمة مضمونة عليه باليد ، فلزمه أرث البكارة ، لوجوب النقص ^(٩) في يده . والحرّة غير مضمونة عليه باليد .

(١) ب : وأقبضها

(٢) ب : وان

(٣) ج : ((لم تحل)) وهو تصحيف

(٤) من ج ، ن . أ : ((ويعلق))

(٥) ب ، ج : افتقرت

(٦) ب : المهر بها كما لو وطئ

(٧) ب : ((نسبها)) وهو تصحيف

(٨) ن : لم يمنع

(٩) ن : ((القبض)) وهو تصحيف

وأما أرش نقصها بالولادة ، فواجب عليه لضمان يده ، ولحدوث ذلك عمن فعله . فلومات في ولادتها ، لزمه قيمتها . وهل تكون في ماله أو على عاقلته؟^(١)
على قولين^(٢) : من اختلاف القولين في العاقلة هل تحمل^(٣) ما جنى على العبد^(٤) .

وأما^(٥) أجره مطلقا ، فانما وجبت عليه ؛ لأنها مضمونة المنفعة فصارت كالمقصوبة ، إلا أن تكون المدّة لا أجره لمطلقها ، فلا يلزمه أجره .

وأما قيمة ولدها فانما وجبت عليه ؛ لأنّ أولادها نعمة منها ، وكسب لسيدها . فلما عتقوا على الواطى* ؛ للحقوقهم به^(٦) في شبهة ملكه^(٧) ، وكان^(٨) ذلك بسبب^(٩) من جهته ، وجبت عليه^(١٠) قيمتهم (كالشريك إذا أعتق حصته من عبد .

وإذا كانت قيمتهم^(١١) واجبة عليه لزمته القيمة عند سقوطهم أحياء^(١٢) .

(١) تقدم معنى العاقلة في ص : ٨١٥ هامش (٥)

(٢) أصحها أنها تؤدى من مال عاقلته . انظر : المجموع ٣٧٢/٩

(٣) ب : تتحمل . ج : يتحمل

(٤) أصحها أنها تحمل . المرجع السابق

(٥) ب : فأما

(٦) به : ساقط من د

(٧) د : ملك

(٨) ج : فكان

(٩) ب ، ج : سببا

(١٠) ج : ((عليهم)) وهو خطأ

(١١) ما بين القوسين ساقط من د

(١٢) ب : ((أجنا)) وهو خطأ

وحكى عن أبي حنيفة ^(١) : أن عليه قيمتهم حين الترافع إلى القاضي .
وهذا غلط ، لأنها قيمة مستهلك ^(٢) فاعتبر فيها وقت الاستهلاك ، وقد استهلكهم بالعتق وقت الولادة ، فوجب أن تلزمه ^(٣) قيمتهم إذ ذاك ، وقد كان يقتضى أن تلزمه قيمتهم وقت العلوق ، غير أن تلك الحال لا يمكن اعتبار القيمة فيها ، فاعتبرت ^(٤) حال الولادة لأنها أول أوقات الإمكان . فلو وضعت الولد ميتاً ، لم تلزمه قيمته ؛ لأن الميت لا قيمة له ، وخالف موت الجنين المضمون بالفرّة من وجهين :

أحدهما : أن في سقوط الجنين بالضرب جناية على الولد ^(٥) حدث الموت منها ، فجاز أن يتعلّق الضمان بها ، وليس في الوطء ^(٦) ههنا جناية على الولد يحدث ^(٧) الموت منها ^(٨) ، فلم يلزمه الضمان .

والثاني : أن في الجنين دية مقدّرة في الشرع ^(٩) يستغنى بها عن اعتبار قيمته ، فوجب ^(١٠) مع الموت . وفي ولد هذه الأمة القيمة التي ^(١١) لا يمكن

(١) قلت : لم أجد لهذا القول مرجعاً ، ومذهب أبي حنيفة الموجود في كتب أصحابه هو أن المشتري لا يضمنهم هنا ، راجع : المبسوط ٢٢/١٣ ، وفتح القدير ٤٦٥/٦ ، والبدائع ٢٤٥٩/٥ ، والفتاوى الهندية ٦٩٦/٣ ، وحاشية ابن عابدين ٦٩٦/٣ .

(٢) ج : مستهلك

(٣) ج : أن يلزمه

(٤) من ج . وفي سائر النسخ : ((فاعتبر))

(٥) على الولد : أثبتته من ج ، وليس في سائر النسخ

(٦) ب : من الواطئ

(٧) ب ، ج : ((بحدوث)) وهو خطأ

(٨) منها : ساقط من ب ، ج

(٩) ب ، ج : بالشرع

(١٠) د : ((فوجب)) خطأ

(١١) التي : ساقطة من ج

اعتبارها مع الموت ، فسقطت معه ^(١) .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله ^(٢) : (ولو كان باعها فسد البيع حتى
ترد ^(٣) إلى الأول . فان ماتت ^(٤) فعليه قيمتها ، كانت ^(٥) أكثر من الثمن
الفاقد ^(٦) أو أقل .) ^(٧)

إذا قبض الجارية عن بيع فاسد ، لم يجز أن يبيعها ؛ لأنه لم يملكها ،
فان باعها فالبيع باطل . وتتنزع ^(٨) من يد المشتري الثاني ، وترد على
بائعها الأول . ويرجع المشتري / الأول على البائع ^(٩) بالثمن الذي دفعه ١٥١/أ
إليه ، ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن الذي دفعه إليه .
ولو باعها الثاني على ثالث ، والثالث على رابع ، فعقود جميعهم باطلة ، وترد
على الأول ، ويتراجعون بالأثمان .

فإذا ثبت هذا ، وكان المشتري الأول قد باعها على شان ^(١٠) ، فلا يخلو
حالتها من ثلاثة أحوال :

(١) راجع في الفصل : الحلية ١/٧٧ ، والمهذب ١/٢٧٦ ، والتنبيه ص ٦٤ ،
والفتح ٨/٢١٢ ، والمجموع ٩/٣٧٠ .

(٢) ب ، د : رضي الله عنه

(٣) ب : ((يرد)) خطأ

(٤) ب : ((وان فاتت)) ج ((فان كانت تالفة)) .

(٥) ب : ((كان)) خطأ

(٦) ج : ((كان الثمن أكثر من الفاسد)) وهو خطأ

(٧) مختصر المزني ٢/٢٠٣ . وراجع في المسألة : المهذب ١/٢٧٥ ، والتنبيه

ص ٦٤ ، والفتح ٨/٢١٣ ، والروضة ٣/٤٠٨ ، والمجموع ٩/٣٧٠ .

(٨) ب ، د : وتنزع

(٩) على البائع : ساقط من ج

(١٠) من ب ، ج . وفي أ ، د : ((ثاني)) وهو خطأ

أجدها : أن تكون بحالها أو أزيد .

والثاني : أن تكون قد تطلعت .

والثالث : أن تكون قد نقصت .

فإن كانت بحالها ، أو أزيد قيمة ، وجب ردّها على الأول ، ويتراجعان
الثنى ^(١) على ما مضى .

فإن تطلعت ، فهي ^(٢) على ظاهر مذهب الشافعي مضمونة ضمان غصب ^(٣)

أكثر ما كانت قيمة ^(٤) من حين القبض إلى حين التلف ؛ لأنّ ما حدث من نقص ^(٥)

فهو مضمون كضمان الأصل ^(٦) . وما حدث من زيادة فهو تابع للأصل .

وقال بعض أصحابنا : هو مضمون بالقيمة ^(٧) وقت ^(٨) التلف ^(٩) ، ولا اعتبار

بما قبل . بخلاف الغصب ؛ لأنّ في الغصب عدوانا ^(١٠) يتغلّظ به الضمان .

والأوّل أصحّ ^(١١) ؛ لما ذكرناه ^(١٢) .

(١) الثمن : أثبته من ب ، ج . وليس في أ ، د

(٢) د : ((وهي)) وبأباه السياق

(٣) د : الغصب

(٤) د : أكثر قيمة

(٥) د : من النقص

(٦) د : ((ضمان)) بدون الكاف

(٧) من ج : وفي باقي النسخ : القيمة

(٨) د : يوم التلف

(٩) وقاسوه على العارية ، وردّ عليه الشيرازي قائلا ((ويخالف العارية فإن

العارية مأذون في إتلاف منافعها ، ولأنّ في العارية لو ردّ العين ناقصة

بالاستعمال لم يضمن ، ولو ردّ المبيع ناقصا ، ضمن النقصان)) المهذّب ٢٧٥

(١٠) ج : ((عدوان)) د ((عدوان)) وكلاهما خطأ

(١١) نصّ عليه الشافعي في الأمّ ٢١٩/٣ ، وهو الأصحّ باتفاق الأصحاب وبه جزم

الكثيرون ، وفيه وجه ثالث غريب : أنه تعتبر قيمته يوم القبض . انظر : المجموع ٩ / ٣٧٠

(١٢) ب ، ج : والأوّل لما ذكرناه أصحّ .

وإذا كان كذلك فسواء كانت القيمة أقل من الثمن المذكور في العقد، أو أكثر .

وحكى عن أبي حنيفة أن عليه أقل الأمرين من القيمة أو الثمن ^(١) ؛ لأن القيمة إن ^(٢) زادت على الثمن فرضى البائع بالثمن ، سقط ^(٣) حقه من الزيادة عليه .

وهذا خطأ ؛ لأن العقد إذا فسد بطل اعتبار ما تضمنه من الثمن ؛ لأنه منوط بعقد سقط حكمه . ولو جاز أن يعتبر الثمن إذا نقص عن القيمة نظراً للمشتري ، لجاز أن يعتبر الثمن ^(٤) إذا زاد ^(٥) على القيمة نظراً للبائع . فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال قيمتها ^(٦) من ثلاثة أقسام ^(٧) :

أحد هـ : أن تستوى قيمتها في يد المشتري الأول والمشتري الثاني فيقبضها الأول ، وقيمتها ألف درهم . ويقبضها الثاني من الأول وقيمتها ألف درهم ،

(١) قلت : لم أجد لهذا القول الذى نسبته المؤلف الى أبي حنيفة مرجعاً ومذهبه الذى ذكره أصحابه فى كتبهم هو أن المبيع فى البيع الفاسد إذا هلك فى يد المشتري بعد القبض فانه يضمه بالمثل إن كان مثلياً ، وبالقيمة إن كان قيمياً . وتعتبر قيمته يوم القبض وإن زادت فى يده ؛ لأنه دخل فى ضمانه بالقبض فتعتبر به . راجع : المبسوط ٢٢/١٣ ، وفتح القدير ٤٦٤/٦ ، ودرر الحكم ١٤٧/٢ ، ومجمع الأنهر ٦٦/٢ ، والفتاوى الهندية ١٤٧/٣ ، وحاشية ابن عابدين ٩٠/٥ .

(٢) ب ، ج : ((إذا)) ج : ((له)) وهو خطأ

(٣) ج : يسقط

(٤) ج : ((المثل)) وهو خطأ

(٥) ج : ((زادت)) خطأ

(٦) من ب ، ج . وفى أ ، د : ((قيمته)) خطأ

(٧) أنظر : المجموع ٣٧٢/٩

ثم تموت في يده ^(١) ، فيكون كل واحد منهما ^(٢) ضامناً لجميع الألف بحق يديه .
والمالك بالخيار في أن يرجع على الأول أو على الثاني . ^(٣) فإن رجع بها على الأول ،
رجع الأول بها على الثاني ^(٤) . وإن رجع بها على الثاني ^(٥) ، لم يرجع الثاني بها
على الأول .

والقسم الثاني : أن تكون قيمتها في يد الأول أكثر من قيمتها في يد
الثاني . كأن الأول قبضها وقيمتها ألفان ، فنقصت في يده ، حتى صارت قيمتها
ألفاً ، ثم قبضها الثاني ، وماتت / في يده ، فيكون ^(٦) ب
الأول ضامناً لألفين ، والثاني ضامناً ^(٧) لألف واحد ، والمالك بالخيار بين
أن يرجع على الأول أو على الثاني . فإن رجع على الأول ، رجع عليه بألفي درهم ،
ويرجع الأول على الثاني بألف منها . وإن رجع على الثاني ، رجع ^(٨) عليه بألف
واحد ^(٩) ، وهو ^(١٠) قدر قيمتها حين قبضها ؛ لأن ما نقص قبل قبضه لا يضمه ،
ثم يرجع على الأول بالألف الثاني ^(١١) ، وهو ^(١٢) قدر النقص ^(١٣) في يده .

-
- (١) د : ((في مدة)) وهو خطأ
(٢) ج : ((منها)) وهو خطأ
(٣) ما بين القوسين ساقط من د
(٤) بها : ليس في ب
(٥) من ج . وفي باقي النسخ : ((ضامن)) وهو خطأ
(٦) ب : واحدة
(٧) ج : يرجع
(٨) أب : «واحدة» والتصويب من ج د .
(٩) من ب ، ج . وفي أ ، د : وهي
(١٠) من ج . وفي باقي النسخ : ((الثانية))
(١١) من ب ، ج . وفي أ ، د : وهي
(١٢) ج : ((القبض)) تصحيف

وليس للأول أن يرجع بهذه الألف على الثاني ؛ لأنه لم يضمنها . ولا للثاني أن يرجع بالألف التي غرمها على الأول ؛ لأن الثاني قد استهلكها .
والقسم الثالث : أن تكون ^(١) قيمتها في يد الأول أقل ، وفي يد الثاني أكثر ، كأن الأول قبضها وقيمتها ألف ، وسلمها إلى الثاني ، فزادت قيمتها في يده ، حتى صارت ألفين ، ثم ماتت ^(٢) ، فيكون كل واحد من الأول والثاني ضامناً لألفين . أما الثاني فلوجود هذه القيمة مضمونة في يده . وأما الأول فلأنه أصل للثاني ، وضامن ^(٣) لما خرج عن يده إلى غير مالكه . ويكون المالك بالخيار بين مطالبة الأول والثاني ^(٤) . فان طالب الأول ، رجع عليه بألفين ، (ورجع بها الأول على الثاني . وان طالب الثاني رجع عليه بألفين ^(٥)) ولم يرجع بها الثاني على الأول .

فهذا الحكم فيها إن تلفت ، فأما إن لم تتلف ، ولكن نقصت ^(٦) قيمتها ، كأن قيمتها كانت ألفين ، فنقصت حتى صارت ألفاً ، ثم ردت ، فلا يخلو حال هذا النقص إما أن يكون ^(٧) حادثاً في يد الأول أو الثاني . فان حدث ^(٨) في يد الأول ، فالألف مضمونة على الأول . وللمالك أن يرجع بها على الأول ، دون الثاني . وليس للأول أن يرجع بها على الثاني .

(١) ج : أن يكون

(٢) من ب ، ج . وفي أ ، ر : ((مات)) خطأ

(٣) من ب ، ج . وفي أ ، ر : ((ضامناً)) وهو خطأ

(٤) ب : أو الثاني

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج

(٦) ج : ولكن لو نقصت

(٧) ب : من أن يكون

(٨) ج : حدث النقص

وان ^(١) حدث النقص في يد الثاني ، فكل واحد منهما ضامن لهذا ^(٢)
الألف . والمالك بالخيار في الرجوع بها على أيهما شاء ، فان رجع بها على
الأول ، رجع الأول بها ^(٣) على الثاني . وان رجع بها على الثاني ، لم يرجع
الثاني بها على الأول ؛ لما قدّمنا من التعليل .
ثم الأجرة مستحقة للمدة الماضية فما ^(٤) مضى من المدة في يد الأول
لم يجز للمالك أن يرجع به على الثاني . وما مضى من المدة في يد الثاني كان
للمالك أن يرجع به على من شاء من الأول أو الثاني ^(٥) . فان رجع به على
الأول ، رجع به الأول ^(٦) على الثاني . وان ^(٧) رجع به على الثاني ، لم يرجع
الثاني به على الأول . والله أعلم ^(٨) .

أ/١٥٢

- مسألة - /

قال الشافعي رحمه الله ^(٩) (ولو اشترى زرعاً ، واشترط ^(١٠) على البائع
حصاه ، كان فاسداً) ^(١١)

-
- (١) من ب ، ج . وفي أ ، د : ((فان)) وهو خطأ
 - (٢) ب ، ج : لهذه
 - (٣) ج : رجع بها الأول
 - (٤) ج : ((فيما)) وهو خطأ
 - (٥) من ج . وفي باقي النسخ : والثاني
 - (٦) ب ، ج : رجع الأول به
 - (٧) ب : ((فان)) يأباه السياق
 - (٨) والله أعلم : ليس في ب ، ج
 - (٩) ب ، د : رضى الله عنه
 - (١٠) د : وشرط

(١١) مختصر المزني ٢/٢٠٣ . وراجع في المسألة : الحلية للرويانى ٧٧/ب ،
والإبانة ١١٥/أ ، والفتح ٨/١٩٥ ، والمنهاج مع المغنى ٣١/٢ ، والنهاية
٣/٤٥٠ ، وشرح المحلى ٢/١٧٧ وحكى في المسألة ثلاث طرق : أصحها :
بطلان البيع والشرط . والثانية : فيهما القولان . والثالثة : يبطل الشرط ، وفي
البيع قولاً تفريق الصفقة .

وهذا صحيح . إذا اشترى منه زرعاً بدينار ، على أن على البائع حصاه ^(١) ، قال الشافعي : ((كان فاسداً)) فاختلف ^(٢) أصحابنا ، فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرج على قولين ؛ لأنه عقد واحد قد جمع بيعاً واجارة . وقد اختلف قول الشافعي في العقد الواحد إذا جمع شيئين مختلفي الحكم ، كبيع واجارة ، أو بيع وصرف ، فأحد القولين : أنه جائز فيهما جميعاً ؛ (لجواز كل ^(٣) واحد منهما على الانفراد ، فجاز مع الاجتماع .

والثاني : أن العقد باطل فيهما جميعاً ^(٤) ؛ لأن لكل واحد منهما حكماً مخالفاً لحكم الآخر ، فلم يصح اجتماع لثنا في حكمهما .

وقال سائر أصحابنا : إن هذا باطل ^(٥) قولاً واحداً .

واختلفوا في العلة ، فقال بعضهم : العلة في بطلانه أنه إذا شرط على البائع حصاه ، فقد صار شرطاً في تأخير القبض ، والبيع بشرط تأخير القبض باطل .

وقال آخرون : بل العلة في بطلانه أنه استأجره على عمل فيما لم يستقر ملكه عليه ؛ لأن الزرع على هذا القول ، لم يملكه المشتري بعد .

وقال آخرون : بل العلة في بطلانه أنه ^(٦) شرط عقدين في عقد فكان في معنى بيعتين فيبيعة . وذلك باطل . فلو قال : ((قد ابتعت منك هذا الزرع ، وتحصده لي بدينار)) جاز على هذا التعليل الأخير ؛ لأنه لم يجمع أحدهما شرطاً في الآخر . ولم يجز على التعليلين الأولين ^(٧) .

(١) ب : ((للبائع)) خطأ

(٢) ج : واختلف

(٣) ب : ((كل)) وهو خطأ

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج

(٥) أ : ((باطلاً)) والتمهيد من باقي النسخ

(٦) أنه : ساقط من ج

(٧) ب د : * العلتين الأولتين * . ج : * العلتين الأولىين * .

وفي^(١) معنى هذه المسألة إذا اشترى ثوبا ، وشرط على البائع خياطته ،
أو طعاما وشرط عليه طحنه ، أو متاعا وشرط عليه نقله^(٢) ، فالجواب في جميع
ذلك واحد . والله أعلم^(٣) .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله^(٤) : (ولو قال : بمعنى هذه الصبرة ، كلّ
إردب^(٥) بدرهم على أن تزيدني إردبًا ، أو أنقصك إردبًا ، كان فاسداً ، وكلّ
ما كان من هذا النحو ، فالبيع فيه فاسد)^(٦) .
أما بيع الصبرة من الطعام جزافا لا يعلم قدر كيلها فجائز^(٧) ؛ لأنّ الشيء
قد يصير معلوما بالصفة تارة ، وبالشاهدة تارة . وهذه الصبرة وإن لم يتقدّر
كيلها بالصفة ، فقد تقدّرت جملتها بالرؤية .
فإن^(٨) وجد الصبرة على^(٩) ربوة^(١٠) من الأرض ، أو دكة^(١١) ، أو وجد

(١) ج : ((في)) بدون الواو

(٢) نقله : ساقط من ج

(٣) والله أعلم : ليس في ج

(٤) ب ، د : رضى الله عنه

(٥) الإردب كيل معروف بمصر ، وهو أربعة وستون مثا ، وذلك أربعة وعشرون

صاعا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم . أي ما يعادل (٥٢) كيلو غراما

بالوزن الحالي . راجع : المصباح ص ٢٢٤ ، والإيضاح والتبيان ص ٧١ .

(٦) انظر : مختصر العزنى ٢٠٣/٢

(٧) انظر : المهذب ٢٧٢/١ ، والحلية للرويانى ٧٧/ب ، وحكى ابن قدامة

في مغنيه (٩٣/٤) عدم الخلاف في جوازه .

(٨) ب ، ج : ((وإن)) ولا يقبله السياق

(٩) ج : في

(١٠) الربوة - بتطيت الراء - : ما ارتفع من الأرض ، كما في المختار ص ٢٣١ .

(١١) الدكة - بالفتح - والدكان : الذى يقعد عليه ، المختار ص ٢٠٨ .

دا خلعها عفتا^(١) ، أو نديا ، أو معيبا ، فله الخيار في المقام أو الفسخ^(٢) . وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بسوق الطعام ، فرأى طعاما ، فأدخل يده فيه ، فرأى تحته^(٣) نديا ، فأظهر النداءة ، وقال : ((هكذا / يبيعوا^(٤))) ، ١٥٢ / ب من غشنا ، فليس منا .^(٥) وروى في الخبر أنه قال : ((أمرني جبريل أن أدخل يدي فيه .))^(٦)

فلو ابتاع منه^(٧) نصف الصبرة ، أو ثلثها ، أو ربعها شاعا ، وهو لا يعلم مبلغ كيلها ، جاز أيضا ؛ لأنه لما جاز ابتياع^(٨) جميعها مع الجهل

(١) شئ * عَفَنَ : بَيَّنَّ العَفْوَةَ ، وعَفَنَ من باب طرب : بلى . انظر المختار ص ٤٤٢
(٢) قلت : وهذا مبنى على جواز هذا البيع ، وفي صحته ثلاثة طرق . أصحابها : أنه على قولي بيع الغائب . والثاني : القطع بالصحة . والثالث : القطع بالبطلان ، وهذا ضعيف . راجع : الفتح ١٤٤ / ٨ ، والروضة ٣٦٢ / ٣ ، والمجموع ٣١٤ / ٩ .

(٣) ب : فرأى فيه

(٤) ج ، د : تبيعوا

(٥) روى من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام ، فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللا فقال : " ما هذا يا صاحب الطعام ؟ " قال : أصابته السعاء يا رسول الله ! قال : " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ " من غش فليس مني " أخرجه مسلم ٩٩ / ١ واللفظ له ، والترمذي ٦٠٦ / ٣ ، وأبو داود ٦٠٦ / ٣ ، وابن ماجه ٧٤٩ / ٢ .

(٦) هذه الزيادة وردت في حديث أبي داود بلفظ : " فأوحى إليه أن أدخل يدي في يدك " .

(٧) د : فلو أنه باع منه .

(٨) ج : أن يبتاع .

بقدر كيلها ، جاز ابتاع نصفها أو ثلثها ؛ لأنه قدر معلوم من جملة مشاهدة ،
فصار كابتاع نصف دار مشاهدة لا يعلم قدر زراعها .^(١)

فلو ابتاع منه صبرة طعام ، كلّ قفيز بد رهم ، وهذا لا يعلمان وقت العقد
بلغ كيلها ، جاز^(٢) ؛ لأنّ جميع الثمن ، وإن كان مجهولاً وقت العقد ،
فقد عقده بما يصير به الثمن^(٣) معلوماً بعد العقد .

فلو ابتاع منه عشرة أقفة من الصبرة على أنّ كلّ قفيز بد رهم ، فإن علم أنّ
في الصبرة عشرة أقفة فأكثر جاز البيع^(٤) . وإن جهلاً أو أحدهما ، كان البيع
باطلاً^(٥) ؛ للشك في وجود ما وقع عليه العقد .

فلو ابتاع من الصبرة على أنّ^(٦) كلّ قفيز بد رهم ، ولم يذكر قدر ما ابتاعه
منها بقفزان معلومة ، ولا يجر^(٧) معلوم في الجملة ، كصف أو ثلث ، لم يجر ،
وكان البيع باطلاً ، لأنّ ما تناوله العقد منها مجهول^(٨) *^(٩)

(١) انظر : المهذب ٢٧٢/١ ، والحطية للرويانى ٧٧/ب ، والروضة ٣٥٩/٣
(٢) وفي وجه : لا يصحّ ، قاله أبو الحسين بن القطان ، وهو وجه شاذّ ضعيف .
انظر : الروضة ٣٦٦/٣ ، والمجموع ٣١٣/٩ ، قلت : والجواز قال
مالك وأحمد ، وأبو يوسف ، ومحمد أيضاً وقال أبو حنيفة : يصحّ في قفيز
واحد ، ويبطل فيما سواه ؛ لأنّ جملة الثمن مجهولة . انظر : المغنى لابن
قدامة ٩٧/٤ ، ورحمة الأمة ص ١٣٢ .

(٣) ب : الثمن به

(٤) باتفاق الأئمة الأربعة - وحكى عن داود أنه لا يصحّ ، لأنه غير شاهد ولا
موصوف . انظر : المرجعين السابقين .

(٥) وفي وجه - وهو المنصوص - : أنه يصحّ . انظر الفتح ١٣٧/٨ ، والروضة ٣٦٠/٣

(٦) ب : بدون ((أنّ)) ج : بدون ((على أنّ))

(٧) ج : ((ولا يجوز)) وهو تصحيف

(٨) ج : ((ولم يجر فكان)) خطأ

* أ ب : ((مجهولاً)) خطأ .

(٩) انظر : الفتح ١٤٣/٨ ، والروضة ٣٦٦/٣ ، والمجموع ٣١٣/٩ .

وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا : ^(١) أنَّ البيع يجوز في قفيز منها ، ويبطل فيما سواه . وهو قول من ذهب في الإجارة إلى أنه إذا استأجر داراً كل شهر بدینار أنه يجوز العقد في الشهر الأول ، ويبطل فيما سواه ^(٢) . ومذهب الشافعي أنَّ ^(٣) العقد يبطل في جميع الصبرة ^(٤) ، وجميع الإجارة ؛ لأنَّ ذكر القفيز من الصبرة ، والشهر ^(٥) في الإجارة ، إنما هو لتقدير الثمن والأجرة ، لا لتقدير المعقود عليه ^(٦) من الجطة .

ولكن لو قال : قد بيعتک من ^(٧) هذه الصبرة قفيزاً ^(٨) بدرهم ، وما زاد فبحسابه ^(٩) ، صحَّ البيع في القفيز الواحد ؛ لوقوع العقد عليه ، وتقدير البيع ^(١٠) به ، وبطل ^(١١) فيما سواه . وكذا لو قال : " قد أجرتک ^(١٢) هذه الدار

(١) قاله ابن سريج ، وهو وجه ضعيف . انظر : المراجع السابقة .
(٢) وبه قال الشافعي في الإملاء ، وهو محكي عن ابن سريج ، ودليله : أنَّ الشهر الأول معلوم ، وما زاد مجهول ، فصحَّ في المعلوم ، وبطل في المجهول ، انظر : المهذب ١/٣٠٤ ، والتنبيه ص ٨٤ ، والفتوح

١٢/٣٤٣ .

- (٣) أنَّ : ساقط من ج
(٤) وبه جزم الروياني في الحلية ٧٧/ب
(٥) ب ، ج : وذكر الشهر
(٦) د : ((المعهود عليه)) وهو تصحيف
(٧) د : ((قد بيعت منك)) وهو خطأ
(٨) أ ، د : ((قفيز)) والتصويب من ب ، ج
(٩) ج : ((بحسابه)) بدون الغاء ، وهو خطأ
(١٠) أ : ((البيع)) والتصويب من ب ، ج ، د
(١١) ب : ويبطل
(١٢) د : ((أجرتك)) بدون قد

شهرًا بدرهم ^(١) ، وما زاد على الشهر ، فبحسابه ^(٢) . صحت الإجارة في الشهر ،
ويطلت فيما سواه ^(٣) .

فلو ابتاع قفيزًا من صبرة بدرهم ، فتلقت الصبرة إلا قفيزًا منها ، ففيه
وجهان : ^(٤)

أحدهما : أن البيع يتعين في القفيز الباقي ^(٥) ، فيصير كله مبيعًا ،
ويصح العقد فيه .

والوجه الثاني : أن التالف من الصبرة ، هو تالف من القفيز المبيع ،
ومن سائر الصبرة ، فيطل من بيع ^(٦) القفيز بقسط ^(٧) ما تلف من الصبرة . ويكون
الباقي منه على تفريق الصفقة ، إذا كان لمعنى حادث بعد العقد . فهذه مقدمة
ذكرناها تفريعًا على مسألة الكتاب .

- فصل -

فأما مسألة الكتاب . فصورتها أن يقول : قد ابتعت منك هذه الصبرة ،
كل قفيز بدرهم ، على أن تزيدني قفيزًا ، أو أنقصك قفيزًا / فهذا ١٥٣ / أ
ثلاث ^(٨) مسائل ^(٩) :

-
- (١) بدرهم : ساقط من د
(٢) ح : بحسابه
(٣) انظر : المذهب ١/٤٠٣ ، والفتح ١٢/٣٤٧
(٤) انظر : الفتح ٨/١٣٦ ، والروضة ٣/٣٦٠ وقالوا عن الوجه الثاني بأنه
المذهب ، وبه قطع الجمهور .
(٥) د : ((الثاني)) وهو تصحيف
(٦) ب : ((في بيع)) وهو خطأ
(٧) ج : ((بقسطه)) .
(٨) ب : ((ثلاثة)) وهو خطأ
(٩) راجع فيها : الإبانة للفراني ١١٥/ب ، والفتح ٨/٢٠٩ ، والروضة
٣/٤٠٦ ، والمجموع ٩/٣١٤ .

إحداهن : أن يجمع في شرطه بين ذكر الزيادة والنقصان من غير أن يقتصر على أحدهما ، فيكون العقد باطلا ؛ لأنه إذا ^(١) لم يقتصر بالشرط على أحدهما ، صار ^(٢) الثمن مجهولا ؛ لأننا إن أثبتنا الزيادة صار كل قفيز وشى* بدرهم . وإن أثبتنا النقصان صار كل قفيز إلا شى* بدرهم ، فلم يجز أن يصح العقد ، مع هذا الجهالة ^(٣) .

والمسألة الثانية : أن يقول : قد ابتعت منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، على أن تزيدني قفيزا . فهذا على ضربين : أحدهما أن يجهلا كيل الصبرة . والثاني : أن يعلمه . فإن جهلا كيل الصبرة فالبيع باطل ؛ لأن الصبرة إن ^(٤) كانت عشرة أقفزة ، كان كل قفيز ^(٥) (عشر بدرهم) . وإن كانت خمسة أقفزة كان كل قفيز ^(٥) وخمس بدرهم ، فيفضى ذلك إلى جهالة الثمن الذي يبطل معه العقد .

وإن علم كيل الصبرة ^(٦) ، وأنها عشرة أقفزة ، فإن كان القفيز الذي استزاده ^(٧) غير شاهد لم يجز . وإن كان شاهدا ، أو من صبرة شاهدة ،

(١) إذا : ساقط من د

(٢) د : ((فصار)) وبأباه السياق

(٣) ذكر النووي عدم الخلاف في بطلانه . انظر : المجموع ٣١٥/٩ .

(٤) أ ، د : ((وإن)) وهو خطأ ، والتصويب من ب ، ج

(٥) ما بين القوسين ساقط من د

(٦) جاء في المجموع ٣١٤/٩ : ((إن كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع بلا خلاف ، وإن كانت معلومة فوجها مشهوران : أحدهما : يصح ، وبهذا قطع إمام الحرمين والفرزالي والبيهقي والرافعي ومعظم الخراسانيين والثاني : لا يصح ، رجحه الشيخ أبو حامد والرويانى . والمذهب الصحة)) اه باختصار .

(٧) أ ، د : ((اشتراه)) وهو خطأ ، والتصويب من ب ، ج .

فلا يخلو حال القفيز المستزاد من أن يجعله هبة أو مبيعا ، أو يطلقا . فان جعله هبة بطل البيع ^(١) ؛ لأنه بيع بشرط الهبة فصار كقوله : « قد ابتعت دارك هذه بألف ، على أن تهب لي هذا العبد ^(٢) » فيبطل البيع والهبة . وان جعله القفيز المستزاد ^(٣) مبيعا لا هبة ، صح البيع ؛ لأنه يصير مبيعا ^(٤) لأحد عشر قفيزا بعشرة دراهم ، كل قفيز وعشريد درهم . وان أطلقا ذكر القفيز المستزاد ^(٥) ، فقد اختلف أصحابنا هل ^(٦) ينصرف إطلاقه إلى الهبة أو البيع ^(٧) على وجهين : ^(٨)

أحد هما : أنه ينصرف إلى الهبة لأنه أغلب حالي الشرط . فعلى هذا يكون البيع باطلا ، كما لو شرطه ^(٩) لفظا .

والثاني : أنه ينصرف إطلاقه إلى البيع دون الهبة ؛ لأن إطلاق الشروط معمول ^(١٠) على حكم ما شرطت فيه . فعلى هذا يكون البيع صحيحا كما لو شرطه لفظا .

والمسألة الثالثة : أن يقول : « قد بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، على أن أنقصك قفيزا » فان كانا أو أحدهما مجهل كيل الصبرة ، كان البيع

- (١) انظر : أسنى المطالب ٣٦/٢
- (٢) ب : « هذا العقد » تصحيف
- (٣) أ : « المشتري » والتصويب من باقي النسخ .
- (٤) ج : « مشاعا » وهو تصحيف
- (٥) أ ، د : « المشتري » والتصويب من ب ، ج
- (٦) ب ، ج : « فهل » وبأباه السياق
- (٧) ب ، ج ، د : « أو إلى البيع »
- (٨) وجزم الشيخ زكريا الأنصاري في أسنى المطالب (٣٦/٢) بطلان البيع هنا من أجل الإبهام .
- (٩) ج : « اشترطه »
- (١٠) ب : « محمولة » .

باطلا ؛ لما ذكرنا من التحليل المفضى إلى جهالة الثمن . وان ^(١) علما كيـل
الصبرة ، وأنها عشرة أقفزة ، كان البيع صحيحا ^(٢) ؛ لأنه يصير بائعا لكل قفيز
إلا عشر بدرهم ^(٣) . والله أعلم . ^(٤)

- مسألة -

قال الشافعى رحمه الله : ^(٥) (ولو اشترط فى بيع السمن أن يزنه بظروفه ،
ما جاز ، وان كان على أن يطرح منه ^(٦) وزن الظروف جاز) ^(٧) .
وهذا كما قال - وفى هذا ^(٨) الفصل مسائل هـ فمنها : أنه إذا ابتاع
سمنًا ، أو غيره من الذائبات جزافًا ، فى ظروفه ^(٩) ، جاز البيع ^(١٠) إذا فتح ^(١١)

- (١) ب : ((فان)) ويأباه السياق
(٢) قلت : هذا هو الوجه الصحيح الذى قطع به العراقيون ، والجمهور
من غيرهم ، وفيه وجه : أنه لا يصح البيع مع العلم أيضا . انظر : المجموع ٣١٥ / ٩
(٣) ج : ((عشر درهم)) وهو خطأ
(٤) والله أعلم : ليس فى ج
(٥) ب ، د : رضى الله عنه
(٦) د : فى ظروفه
(٧) م : عنه
(٨) مختصر المزنى ٢ / ٢٠٣ . وراجع فى المسألة : المهذب ١ / ٢٧٢ ، والإبانة
١١٥ / ب ، والروضة ٣ / ٣٧٤ ، والمجموع ٩ / ٣١٩ .
(٩) ج : ((وهذا)) بسقوط ((فى)) .
(١٠) د : فى ظرفه
(١١) قال النووى : وسواء عرفنا الوزن أم لا ، هذا هو المذهب ، وبه قطع
الجمهور . قال الرويانى : وحكى بعض أصحابنا الخراسانيين قولهم
فيما إذا لم يعلم الوزن . قال : وليس هذا بشىء . انظر المجموع ٩ / ٣١٩

الظرف ^(١) وشاهد ما فيه ^(٢) ، أو بعضه . كما يجوز / بيع الصبرة التي لا يعلم ١٥٣ ب / قدر كيلها . وكذا لو ابتاع ^(٣) نصف ما في الظرف جزافاً أو ربحه ^(٤) جاز أيضاً كالصبرة ^(٥) .

والمسألة الثانية : أن يبتاع منه ^(٦) السمن مع ظروفه موازنة كل من بدرهم ، فإن ^(٧) كانا قد علما وقت العقد وزن السمن ووزن الظرف جاز ؛ (لأنهما إذا علما أن وزنه مائة منا ^(٨) ، وأن وزن الظرف منها عشرة آمنة ، فقد تبايعا تسعين منا سمناً ^(٩) بمائة درهم ، كل منا ^(١٠) إلا عشر بدرهم ^(١١)) . وإن جهلا ذلك وقت العقد أو جهله أحدهما ، أو علما وزن السمن دون الظرف ، أو وزن الظرف دون السمن فالبيع باطل ؛ للجهالة بشئ ما تبايعاه من السمن ^(١٢) .

-
- (١) ب ، ج : "الظروف" د : "فسخ الظرف" وهو تصحيف
 (٢) ج : ما فيها
 (٣) د : لو باع
 (٤) ج : "أو بعضه" تصحيف .
 (٥) د : "كالعشرة" تصحيف .
 (٦) منه : ليس في ج
 (٧) ج : "وإن" ويأباه السياق .
 (٨) ج : "من" قال النووي في المجموع ٣١٨ / ٩ : "المن على وزن العصا ، هو رطلان بالبغدادى ، وفيه لفظة ضعيفة (من) بتشديد النون" .
 (٩) من ج : وفي باقى النسخ "سمن" وهو خطأ .
 (١٠) من ب ، وفي باقى النسخ : من
 (١١) ج : إلا عشرة
 (١٢) ما بين القوسين تكرر في د
 (١٣) قلت : هذا هو الوجه الصحيح المشهور لدى الشافعية ، وبه جزم أكثرهم . وهناك وجهان آخران . أحدهما : أن البيع ههنا يصح مطلقاً ، وهو الأصح عند البغوى ، واختاره ابن الصباغ . قالوا : لأن جملة المبيع مرثية .

والمسألة الثالثة : أن يتبايعا السمن موازنة في ظرفه ، ويشترطاً إندار^(١)
الظرف بعد وزنه ، فهذا بيع جائز^(٢) ؛ لأنّ الذائب لا يستفنى عن ظرف ، وليس
يمكنه موازنته^(٣) إلّا هكذا . فأما إذا ابتاع منه جامداً في ظرفه^(٤) موازنة
بشرط إندار الظرف^(٥) كالذقيق والطعام ونحوهما ، ففيه وجهان^(٦) :
أحدهما : أنه لا يجوز ؛ لاستفنا* الجامد عن ظرف يوزن معه . وهذا
مقتضى تعليل أبي إسحاق المروزي .
والثاني : يجوز^(٧) ؛ لأنه قد يصير بعد إندار الظرف^(٨) معلوم القدر
كالسمن^(٩) . وهذا مقتضى تعليل أبي علي بن أبي هريرة .

والثاني : أنه لا يصحّ مطلقاً ، حكاه البغوي وغيره ؛ لأنّ المقصود السمن
وهو مجهول .

قال النووي بعد أن ذكر الأوجه المذكورة : " قال أصحابنا : وصورة
المسألة أن يكون للظرف قيمة ، فإن لم يكن له قيمة ، لم يصحّ البيع بلا خلاف ؛
لأنه شرط عليه ما لا قيمة له وأخذ الثمن في مقابلة وزنه " انظر المجموع ٩ / ٣١٩
(١) أندره : أسقطه ، كما في المختار ص ٦٥٢
(٢) وقد فصل الروياني وغيره من الأصحاب فقالوا : إن كانا عند العقد عالمين
قدر وزن الظرف ، وقد رقسطه ، صحّ البيع . وإن جهلاه أو أحدهما ، لم
يصحّ ؛ لأنهما لا يعلمان هل يكون المسقط رهمين فيكون الثمن عشرة ،
أو أقلّ ، أو أكثر . انظر : المجموع ٩ / ٣٢٠ .

(٣) ب ، ج : " يمكنه بيعه موازنة " .

(٤) من ب ، ج . وفي أ ، د : وظرفه .

(٥) ب : الظروف

(٦) ذكرهما النووي في المجموع ٩ / ٣٢١ نقلاً عن الطائفة والروايين ، وقال عن
الوجه الثاني بأنه مقتضى كلام الأصحاب ، وهو الصواب ؛ إذ لا مفسدة فيه ،
ولا غرر ، ولا جهالة .

(٧) ج : ((لا يجوز)) وهو خطأ

(٨) ب ، ج : ظرفه

(٩) كالسمن : أثبتته من ب ، ج . وليس في أ ، د

سألة

قال الشافعي^(١) : (ولو شرط^(٢) الخيار في البيع^(٣) أكثر من
ثلاث بعد التفريق^(٤) فسد البيع .)^(٥)
قد خلت هذه السألة^(٦) في باب خيار التبايعين^(٧) بها فيه^(٨) قطع . وأما
إذا شرط^(٩) خيار ثلاثة أيام فما دون فيجوز اشتراطه في العقد لها أو لأحد هما .
وفي ابتداء زمانه وجهان^(١٠) :

أحدهما : من وقت العقد . فعلى هذا إذا شرطاه من بعد التفريق
لم يجز ؛^(١١) لأنه يصير الخيار^(١٢) على هذا الوجه أكثر من ثلاث .^(١٣)

-
- (١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه
(٢) ج ، د : ((ولو شرط)) ب ، م : ((ولو اشترط))
(٣) د : ((في البيع)) وهو تصحيف
(٤) ب : ((التفريق)) تصحيف
(٥) انظر : مختصر الزنى ٢٠٤/٢
(٦) ج : وقد خلت
(٧) انظر : ص ٢٦٨ وما بعدها .
(٨) د : بها فيه
(٩) ج : ((فإذا)) بدون أما .
(١٠) أصحها الوجه الأول . انظر : الفتح ٣١٣/٨ وهو قال ابن الحداد ؛
لأن ثبوته بالشرط ، والشرط وجد في العقد ، والروضة ٤٤٤/٣ ، والمنهاج
مع المغنى ٤٨/٢ .
(١١) يبطل العقد والشرط للجهالة : وفي ((وجه)) : أنها بمصان . انظر :
الفتح ٣١٣/٨ ، والروضة ٣٤٥/٢ .
(١٢) د : ((بالخيار)) وهو خطأ
(١٣) د : ثلاثة .

والوجه الثاني : وهو ظاهر مذهب الشافعي - أنَّ أوَّل زمان خيار الثلاث من بعد الافتراق ؛ لأنَّها خياران ثبت أحدهما شرطا ، وثبت الآخر شرطا فلم يتداخلا ؛ لاختلاف ^(١) موجبها . فعلى هذا لو شرطا خيار الثلاث أن يكون من وقت العقد كان على وجهين ^(٢) خرجهما أبو إسحاق المروزي . ويجب أن يكونا مخرَّجين من اختلاف الوجهين في البيع إذا شرطا فيه إسقاط ^(٣) خيار المجلس (لأنَّها إذا شرطا خيار الثلاث من وقت العقد ، فقد أسقطا خيار المجلس) ^(٤) . والله ^(٥) أعلم بالصواب ^(٦) .

* * *

- (١) لاختلاف : ساقط من ب ط سوى الحرف الأخير منه .
 (٢) انظر : المهذب ٢٦٦/١ وفيه : ((أحدهما : يصح ؛ لأنَّ ابتداء الوقت معلوم . والثاني : لا يصح ؛ لأنه شرط ينافي موجب العقد ، فأبطله)) ، والفتح ٣١٤/٨ أصحهما : صحّة العقد والشرط ، والروضة : ٤٤٥/٣ .
 (٣) إسقاط : ساقط من د
 (٤) ط بين القوسين ساقط من ج
 (٥) ج : ((والله تعالى)) .
 (٦) بالصواب : ليس في ب ، ج ، د

ملحوظة
 انتهى المجلد الثاني ويبدأ
 المجلد الثالث من باب النهي عن
 بيع الغرر وعن حسب الفعل
 (ص ١١١٦) .